

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

L'Immobilisation des Fonds de Commerce ET LA LOI DE 1909

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le mardi 4 mars 1913, à 3 heures

PAR

M. LAVALLETTE-SIMON

Lauréat de la Faculté de Droit de Paris

Docteur en droit

Avocat à la Cour d'appel

Président : M. PERCEROU, Professeur-Adjoint

Suffragants { *MM. LYON-CAEN, Professeur*
WAHL, Professeur

PARIS

G. FICKER, ÉDITEUR

6, RUE DE SAVOIE, 6

1913

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

L'Immobilisation des Fonds de Commerce

ET LA LOI DE 1909

INTRODUCTION

L'évolution législative en matière de vente et de nantissement des fonds de commerce est l'une des plus intéressantes que nous offre l'histoire du droit contemporain. Théoriquement, l'hypothèque est un mode de sûreté qui peut s'appliquer aux meubles comme aux immeubles. Mais elle présente pour les meubles des inconvénients pratiques dont les législateurs du Code civil n'ont pas cherché le remède. S'ils ont déclaré que seuls les biens immobiliers étaient susceptibles d'hypothèque, c'est qu'ils ont été frappés par la difficulté d'informer les tiers de l'hypothèque grevant le meuble dont le débiteur conserverait la possession.

Le système de crédit organisé par le Code civil se montra de plus en plus insuffisant à mesure que la fortune mobilière se développa ; on cessa d'invoquer la maxime *res mobilis res vilis*, lorsqu'il s'agit

de réglementer les contrats faits pour les valeurs mobilières, car celles-ci forment en grande partie la base du patrimoine. Le commerçant et l'industriel sont dans ce cas; les immeubles n'entrent dans leur actif que pour une part relativement faible. Pour réussir, il leur est nécessaire d'avoir des avances de fonds, des crédits beaucoup plus importants que la valeur des immeubles qu'ils peuvent posséder.

L'hypothèque ne leur est d'aucun secours puisqu'elle ne peut porter que sur des valeurs immobilières. C'est alors que le législateur chercha dans le mode de sûreté qu'il n'avait jusqu'à ce moment appliqué qu'aux immeubles, les moyens de perfectionner le gage mobilier. La législation récente a rétabli l'hypothèque mobilière en matière maritime et en matière de warrants agricoles.

La même évolution est à noter dans le domaine des sûretés constituées sur les fonds de commerce. Les lois du 1^{er} mars 1898 et du 17 mars 1909 ont organisé ce qu'elles ont appelé le nantissement des fonds de commerce. Mais il ne faut pas être dupe des mots : le nantissement en question est en réalité une hypothèque mobilière. Il n'y a pas, en effet, de gage sans dépossession; le prétendu gage sans dépossession, c'est l'hypothèque. La loi de 1909, à l'imitation des lois du 10 décembre 1874 et du 10 juillet 1885 sur l'hypothèque maritime, introduit un cas d'hypothèque mobilière. Valeurs de patrimoine,

pourquoi les meubles et les immeubles ne seraient-ils pas assimilés comme moyens de crédit, à moins que leur différence de nature ne s'y oppose ? Pourquoi ne pas admettre l'hypothèque de meubles ayant exceptionnellement une situation fixe et se prêtant à la publicité qui est la base de notre système hypothécaire ? Le créancier gagiste étant un véritable créancier hypothécaire en cas de nantissement de fonds de commerce, le vendeur est bien un créancier privilégié, mais il se rapproche plus du vendeur d'immeuble que du vendeur de meuble. Le vendeur, en effet, de même que le créancier nanti du fonds de commerce, doivent satisfaire à des mesures de publicité empruntées aux hypothèques et aux privilèges immobiliers.

Cette dernière observation montre qu'il y a, dans les lois de 1898 et de 1909, autre chose qu'un simple retour à l'hypothèque mobilière ; il y a une idée plus intéressante encore à notre avis, qui est celle de l'assimilation du fonds de commerce à un immeuble. C'est cette idée que nous voudrions chercher à dégager dans cette étude.

Un fonds de commerce se présente comme une multiplicité de valeurs diverses : matériel, marchandises, éléments incorporels tels que brevets d'invention, marques de fabrique, dessins et modèles industriels, nom commercial, enfin la clientèle et l'achalandage. Ces valeurs sont réunies en vue d'un

but commun qui est l'obtention d'un bénéfice commercial. On peut donc les considérer, dans leur ensemble, sinon comme une universalité juridique, du moins comme une universalité de fait.

Cette universalité peut faire l'objet de contrats ; on peut se demander alors s'il faut la considérer comme un meuble ou comme un immeuble. Or, tout n'est pas dit lorsqu'on a défini, avec la plupart des auteurs, le fonds de commerce comme une chose incorporelle mobilière. Il reste encore à savoir si cette définition est pleinement justifiée par les règles qui gouvernent la matière, si, sur un certain nombre de points, les fonds de commerce ne sont pas traités comme s'ils étaient immeubles. Si la réponse est affirmative, nous pourrions dire que, dans cette mesure au moins, les établissements commerciaux sont immobilisés.

Ce n'est pas tout. Après avoir constaté une tendance réelle à l'immobilisation dans les lois récentes, nous aurons à nous demander s'il ne conviendrait pas de pousser plus loin l'assimilation des fonds de commerce avec les immeubles.

Telles sont les deux questions essentielles que soulève le problème de l'immobilisation. Mais, avant de les aborder, nous ne pourrions nous dispenser de retracer l'histoire de la législation relative aux fonds de commerce.

CHAPITRE PREMIER

ÉTUDE HISTORIQUE SUR LE CARACTÈRE JURIDIQUE DU FONDS DE COMMERCE

Pour connaître l'histoire du caractère immobilier du fonds de commerce, il est nécessaire d'étudier l'histoire de l'organisation du travail, car ces deux questions sont étroitement liées ; c'est ce que nous allons faire en nous plaçant successivement à l'époque romaine, dans l'ancien droit, à l'époque révolutionnaire et sous l'empire du Code civil.

Avant d'aborder cette étude, nous devons faire remarquer que la notion juridique de fonds de commerce, telle que nous l'entendons aujourd'hui, c'est-à-dire une universalité de biens réunissant, sous une seule appellation, des éléments très divers, est apparue très tard en législation ; ce fait historique s'explique par de nombreuses raisons se rattachant aux influences économiques et sociales. Le commerce a une origine très lointaine, et, de bonne heure, l'homme a cherché à se procurer par l'échange les biens qu'il

ne pouvait trouver dans la vie pastorale et familiale, trop étroite pour satisfaire ses besoins devenant tous les jours plus nombreux ; mais la vie commerciale, si active soit-elle, n'implique pas nécessairement l'existence du fonds de commerce ; pour que celui-ci ait une existence juridique, il faut que certaines personnes se soient spécialisées dans le rôle particulier d'intermédiaires qui sont des commerçants, il faut que l'entreprise commerciale présente les caractères de fixité, de permanence, conditions qui ne se sont réalisées que chez les sociétés parvenues à un certain degré de civilisation. Dans l'antiquité, l'exercice du commerce est resté longtemps confiné dans la classe servile, puis le commerce lui même a rarement joui d'une liberté complète ; tantôt les pouvoirs publics sont intervenus pour en restreindre le domaine, tantôt les commerçants ont été groupés dans l'organisation étroite des corporations, organisation qui supposait une réglementation rigoureuse, s'appliquant aux détails les plus infimes de la profession commerciale ; l'entreprise commerciale appartient plutôt à la corporation, être collectif planant au-dessus des titulaires de fonds qui ne sont guère que les gérants et les usufruitiers ; à cette époque, la notion juridique de fonds de commerce n'est pas parvenue à son complet développement, elle n'existe qu'en germe dans les législations anciennes, et notamment dans la législation romaine.

PREMIÈRE SECTION

LE FONDS DE COMMERCE DANS L'ANTIQUITÉ ROMAINE

Chez les Romains, le commerce, comme l'industrie, était organisé dans des collèges et communautés, comme au moyen âge ; ces collèges professionnels sont fort anciens et ont persisté pendant toute la durée de l'histoire romaine ; ces collèges ne constituaient pas une association libre, mais plutôt un rouage de l'organisation administrative réglementé par les empereurs ; les membres du collège sont rigoureusement attachés à la corporation : « Le fonds commercial, écrit M. Levasseur, formé et accru par les profits du négoce et par les subsides du Trésor public, appartenait moins à l'homme qui l'exploitait et n'en avait que l'usufruit, qu'à la corporation par le bénéfice de laquelle il avait été créé, et dont il ne pouvait être détaché. » Sous ce régime économique, le fonds de commerce est en dehors du commerçant ; ce n'est plus une valeur patrimoniale dont il puisse disposer ; c'est un office qui est indépendant de la personne du titulaire qui lui survit, et dont il n'est en quelque sorte que le détenteur et l'usufruitier ; mais cet office n'a rien de commun avec le fonds de commerce proprement dit.

Une autre raison a retardé la constitution de la notion romaine du fonds de commerce, c'est la défaveur dont la profession commerciale était l'objet, ainsi qu'en témoignent les écrits des littérateurs et des philosophes : *Mercatura sordida putanda est*, nous dit Cicéron (1).

Le commerce était interdit aux personnes nobles qui avaient des charges honorables et aux gens qui étaient fort riches, quoique roturiers (C., l. XIV, tit. LXIII, loi III *de commerciis*). L'état militaire était interdit aux gens qui faisaient le commerce, il n'y avait d'exception que pour les banquiers et les fabricants d'armes (C. LXII, tit. XXXV).

Cependant, les Romains étaient trop àpres au gain pour négliger les profits commerciaux, et ils ont trouvé le moyen d'y participer sans encourir la défaveur dont l'exercice du commerce était l'objet ; on confiait un pécule à l'esclave, qui faisait le commerce pour le compte de son maître. D'autre part, les classes élevées, et spécialement l'ordre des chevaliers tiraient de gros bénéfices de l'armement et du commerce maritime de la banque, et des entreprises de travaux publics.

L'activité commerciale se manifestait donc à Rome, sous une triple forme : tantôt nous voyons le petit commerçant, le boutiquier, soumis au régime corpo-

1. *De officiis*, t. I, p. 42.

ratif, tantôt nous voyons le fonds de commerce entre les mains de l'esclave qui l'a reçu de son maître à titre de pécule, tantôt, enfin, nous voyons l'entreprise commerciale montée par de grands négociants et banquiers.

Quelle est la nature juridique du fonds de commerce sous quelque forme qu'on l'envisage ? Un seul texte au Digeste pose une règle relative à la *taberna* (1), sans indiquer d'ailleurs si cette *taberna* est exploitée par un esclave ou appartient à un artisan libre (D. *De pignoribus et hypothecis*, loi XXXIV). Ce texte se place dans l'hypothèse où un débiteur donne sa boutique en gage à son créancier. On se demande si ce gage n'avait aucun effet, ou si, par le terme de boutique, il fallait entendre que le débiteur avait voulu engager les marchandises qui étaient dedans ? Et dans le cas où le débiteur aurait vendu ces marchandises et les aurait remplacées à mesure, on a demandé si, après sa mort, le créancier pouvait intenter l'action hypothécaire pour se faire donner tout ce qui se trouverait dans la boutique, quoique ce ne soit plus les mêmes marchandises, mais qu'on y en ait introduit d'autres depuis le contrat ?

Le jurisconsulte répond « qu'il paraît que toutes les marchandises qui se trouvent dans la boutique au

1. Ce mot de *taberna* venait de *tabulis*, planches, parce qu'à l'origine les boutiques étaient en planches.

temps de la mort du débiteur sont engagées au créancier ». L'hypothèque porte donc sur le stock de marchandises, malgré le renouvellement de ces marchandises. La boutique, les marchandises et les esclaves, confondus avec le bien-fonds, sont en quelque sorte considérés comme immeubles.

Les jurisconsultes modernes, interprétant ce fragment du Digeste, concluent au caractère immobilier du fonds de commerce en droit romain. M. Proudhon dit : « Un fonds de boutique, considéré comme un corps ou agrégation de marchandises, n'est pas un meuble ordinaire... C'est pourquoi, dans la jurisprudence ancienne, le fonds de boutique était en plusieurs provinces réputé immeuble, et la loi *eum tabulis ff. de pignoribus et hypothecis* semblait sous quelque rapport favoriser cette fiction. » M. Demolombe écrit, d'autre part : « On considérait comme *immeuble le fonds de commerce*, c'est-à-dire cette universalité qui demeure en effet toujours la même, malgré les renouvellements successifs et indéfinis des objets qui la constituent (loi XXXIV, *de pignoribus et hypothecis*). »

Ainsi, ces deux jurisconsultes s'appuient sur le même article d'une loi romaine, pour démontrer, l'un, que le fonds de boutique, l'autre, que le fonds de commerce étaient considérés comme immeubles.

A Rome, par conséquent, lorsque le propriétaire d'une boutique garnie, *instructa taberna*, située sur

un fonds de terre lui appartenant, engageait son bien et consentait une hypothèque sur son fonds garni, la maison, les ustensiles, les marchandises, pouvaient être dans leur ensemble considérés comme immeubles. Mais il faut remarquer que les objets matériels, ustensiles et outils, n'avaient que peu de valeur dans ce temps ; les choses incorporelles du marchand étaient encore d'une importance moindre, elles ne constituaient pas une propriété appréciable ; enfin, avec les mœurs et les lois romaines, l'établissement commercial et industriel, comme nous le voyons aujourd'hui, n'existait réellement pas, le travail n'étant autre chose que le travail servile, l'industrie commerciale et manufacturière n'existait pas. Nous comprenons facilement que ce que nous appelons aujourd'hui richesse mobilière ne pouvait pas jouer un grand rôle à Rome ; la plus grande somme de richesse mobilière dans ces pays consistait précisément en ce qui n'est pas pour nous une marchandise, elle consistait dans les hommes, dans les esclaves.

Nous ne pouvons donc trouver dans les lois romaines les bases de notre droit moderne ; nous allons examiner si ces bases existent dans l'ancien droit français, dans nos coutumes, et dans les lois de la période intermédiaire.

SECTION II

LE FONDS DE COMMERCE DANS L'ANCIEN DROIT

Sans examiner en détail l'histoire du commerce dans l'ancienne France, il est indispensable de caractériser les influences économiques qui ont agi directement sur le développement de la notion juridique du fonds de commerce.

Sous le régime féodal, à son début, les rapports commerciaux furent nuls ; tout devint une propriété : le droit au travail fut converti en fief. Le seigneur de la terre était considéré en quelque sorte comme le maître des métiers. Pour avoir le droit d'en exercer un sur la terre qui relevait de lui, on lui payait une somme d'argent ou on s'engageait à lui payer une redevance annuelle. On *achetait*, comme on disait, un métier, et le seigneur le vendait à celui qui voulait l'exercer. Voilà comme le roi faisait aussi pour un certain nombre de métiers, cette vente était un de ses revenus, et selon l'usage d'alors, il l'aliénait à volonté en le cédant à des gens de cour ou à des personnes qu'il voulait favoriser ; il leur faisait don ou cession de métiers. Ceux qui exerçaient des métiers pour la maison du roi devinrent plus tard les surveillants des métiers ; les titulaires

de ces charges, cessèrent de pratiquer matériellement la profession, ils conservèrent le droit d'autoriser et de vendre l'exercice d'une profession.

Après l'affranchissement des serfs, le travail devint plus libre, le commerce se développa ; mais les commerçants ont à supporter des impôts seigneuriaux de toutes sortes : taxes, douanes, péages, ou lieux etc., et doivent supporter la concurrence des monastères et des communautés religieuses, des propriétaires de dîmes.

Les marchands exerçaient le commerce dans les foires, sur les places, ils étaient surtout ambulants ; rien n'était plus modeste, d'ailleurs, que « leurs boutiques étroites et sombres avec les enseignes qui se balançaient au-dessus de la porte » (1). Les marchés avaient, au moyen âge, une importance qu'il est difficile d'apprécier aujourd'hui ; c'était le principal moyen d'écouler les produits ; il n'y avait guère de ville, quelque petite qu'elle fût, qui n'eût son marché. Pendant que la vente se faisait aux halles, tous les marchands résidant à Paris étaient tenus de s'y rendre et quiconque continuait à tenir boutique ouverte et à faire concurrence au marché du roi se voyait frappé d'une forte amende... Les forains étaient soumis à des obligations de même nature... Le petit commerce cessait dans la plupart des quar-

1. V. Pigeonneau, *Histoire du commerce*, t. I, p. 234.

tiers pour se concentrer aux halles ; chaque branche de profession y avait sa place marquée et même sa halle particulière. L'ensemble de ces conditions économiques fit obstacle à la formation d'une notion juridique du fonds de commerce ; le monde économique resta dominé pendant la plus grande partie de l'ancien régime, par quelques principes particuliers qu'il est nécessaire d'exposer à cause de l'influence qu'ils ont exercée sur la notion du fonds de commerce.

C'est au ^{xiii}^e siècle que nous voyons les corps de métiers se multiplier, avoir des statuts enregistrés, et c'est à cette époque qu'il faut se placer pour les étudier.

C'est Étienne Boileau qui, sous Louis IX, se chargea de rédiger les règlements officiels des corporations ; il fit inscrire sur les registres tenus au Châtelet les coutumes suivies par les métiers de Paris. *Le Livre des métiers* d'Étienne Boileau nous donne une idée générale de toutes les conditions d'exercice des professions commerciales et industrielles à cette époque. Chaque métier possède ses règles particulières ; mais il y a une généralité d'usages et coutumes qui peut se résumer ainsi : le métier comprend trois ordres : les apprentis, les ouvriers et les maîtres ; le nombre des maîtres est limité pour chaque métier, le maître ne peut occuper qu'un ou deux apprentis et peu d'ouvriers, le stage d'appren-

tissage est long ; pour être maître il faut le plus souvent « acheter le métier du roi », payer au seigneur, payer au métier, payer même à chaque confrère et se soumettre à de nombreuses formalités. Il y a toutes sortes d'entraves apportées à l'exercice d'un métier : on doit cesser le travail et la vente, fermer la maison les jours de fêtes et de marchés et les autres jours à la nuit ; il est défendu aux marchands d'appeler l'acheteur chez lui avant qu'il ait quitté l'étal du voisin : « Nul ne puet, ne doit huchier, ne acener nul acheteur qui soit par devant autrui estal, ne devant autrui meison » ; des professions ne peuvent s'exercer que dans certaines rues, chaque corporation ayant sa rue exclusive ; les officiers seigneuriaux chargés de la surveillance des métiers peuvent, en cas de contravention, faire saisir les marchandises et démolir les boutiques, etc.

Toutes ces restrictions, toutes ces entraves apportées dans les opérations empêchaient les maîtres d'avoir des établissements industriels ou commerciaux de quelque importance. La boutique n'était, en somme, que le lieu de travail ou le logement de la marchandise. Cette boutique n'acquerrait pas une valeur particulière par sa situation, son enseigne, sa clientèle, son achalandage ; d'ailleurs, la clientèle appartenait plutôt à la corporation qu'au marchand.

Il va de soi que toutes ces pratiques sont opposées à l'idée même du fonds de commerce, considéré

comme une valeur patrimoniale, dont le propriétaire peut disposer à son gré. Cette notion suppose d'abord la liberté commerciale et la concurrence qui font totalement défaut ; elle suppose que le commerçant est le vrai maître du fonds, alors que l'autorité seigneuriale et royale ont ici un droit supérieur et peuvent désigner le titulaire de l'établissement commercial. Le marchand, sans doute, pouvait céder à un étranger le droit d'occuper les divers magasins et les places dont il avait la jouissance ; mais il devait en tirer un profit bien minime, car l'enseigne, « la chalandise » n'étaient pas des choses notablement estimées au moment de la cession ; voici pourquoi : la maîtrise, suivant les règlements de métiers, ne pouvait pas être cédée, sauf de rares exceptions ; le marchand n'avait donc pas, dans celui qui prenait la suite de son commerce, un cessionnaire, mais un remplaçant ; c'est-à-dire qu'un maître, toujours nommé par la corporation ou par un privilège spécial du roi, ne devait être reçu, le plus souvent, comme membre effectif, qu'après une vacance déclarée ; dans ce cas, le candidat à la maîtrise avait intérêt à indemniser un ancien maître pour que celui-ci lui fasse place. C'était contraire aux règlements, la corporation devant seule bénéficier des mutations. Le nouveau venu, d'ailleurs, avait à payer des droits de réception dans la maîtrise, au corps de métier, aux syndics, aux jurés, aux officiers, au roi, etc. Il

n'y avait donc, en apparence, dans toute cession d'un fonds ou d'une *boutique*, qu'une vente de marchandises et de quelques ustensiles confondus avec ces marchandises ; nous sommes loin de la notion complexe de « fonds de commerce telle que nous l'entendons aujourd'hui ».

La royauté, pour des raisons financières, créa une institution nouvelle qui, bien que différente du fonds de commerce dans son principe, s'en rapproche bien plus que le métier ou fonds de boutique proprement dit ; elle érigea en offices un certain nombre de métiers et de commerces. Nous voyons apparaître ces offices à partir du xv^e siècle ; mais c'est surtout Louis XIV qui se fit un revenu régulier par les ventes d'offices industriels et commerciaux ; la propriété de ces offices se transmettait héréditairement. Des abus furent commis dans la création de ces offices : de 1691 à 1709, c'est-à-dire en moins de vingt ans, il y eut plus de 40.000 offices institués avec attribution de droits différents sur les marchandises et les artisans ; on créa des offices d'inspecteurs, de contrôleurs, de barbiers-perruquiers, etc. « On inventa, dit Voltaire, des conseillers du roi, contrôleurs aux empilements de bois, des charges de barbiers-perruquiers, des contrôleurs visiteurs de beurre frais, des essayeurs de beurre salé, etc. Ces extravagances font rire aujourd'hui, mais alors elles faisaient pleurer » (*Siècle de Louis XIV*, ch. XXX).

Le système corporatif, avec les entraves apportées à l'exercice d'une profession, fut l'objet de vives critiques énoncées par les écrivains, marchands et artisans ; leurs doléances furent portées aux États généraux de 1614 ; le tiers-état demandait, dans ses cahiers, « que les marchands et artisans, soit de métier juré ou autres métiers, ne paient aucune chose pour leurs réceptions, lèvement de boutiques ou autres, soit aux officiers de justice, soit aux maîtres jurés et visiteurs de métiers et de marchandises, et à tous artisans ou autres, d'ouvrir ou de faire ouvrir toutes sortes de manufactures ».

Louis XVI, sous l'instigation de Turgot, signa l'édit de 1776, qui donna la liberté à toute personne d'exercer le commerce et supprima tous corps et communautés [d'arts et métiers et de marchands, ainsi que toutes jurandes et maîtrises. Mais six mois après, les corps de marchands et communautés d'arts et métiers furent rétablis. Les privilèges ne devaient tomber qu'en la nuit du 4 août 1789 et la liberté du commerce et de l'industrie ne fut proclamée qu'en mars 1791.

Telle est, résumée brièvement, l'histoire des influences économiques qui ont entravé la formation d'une notion des fonds commerce. Privilèges concédés par le roi et érigés en offices, métiers groupés en corporations, voilà la forme commerciale surtout usitée dans l'ancien droit français ; c'est

cette forme rudimentaire que nous allons analyser au point de vue juridique, en nous posant cette question : les divers éléments à l'aide desquels s'exerçait la profession commerciale étaient-ils mobiliers ou immobiliers ?

Nature juridique des éléments de la profession commerciale dans l'ancien droit français

Les moyens d'exercice d'une profession industrielle ou commerciale consistaient dans les éléments suivants : les privilèges, les lieux d'exploitation, le matériel et les marchandises.

Nous allons nous demander dans quelles conditions juridiques se trouvaient ces éléments d'exercice de professions. Comme nous l'avons dit, l'exercice d'un métier dépendait tout d'abord d'un privilège : nul ne pouvait exploiter un commerce ou une industrie sans y être autorisé soit par le roi, soit par une corporation ; on pouvait aussi acheter un office professionnel. L'exerçant avait d'ailleurs, comme aujourd'hui, un local industriel, un matériel d'exploitation et des marchandises ; ces divers éléments étaient soumis à des règles juridiques différant suivant les coutumes locales. Mais, de l'étude des auteurs se dégagent certaines règles que nous exposerons dans l'ordre suivant : 1° privilèges de métiers, offices ou

autres ; 2° lieux d'exploitation, baux, enseignes, etc. ; 3° matériel, outillage, ustensiles de métiers ; 4° marchandises.

1° *Privilèges*. — On distingue deux classes de privilèges de métiers et d'offices, les privilèges temporaires et viagers ; les privilèges héréditaires et vénaux ; les temporaires étaient essentiellement attachés aux personnes, ils disparaissaient après quelques années d'exercice ou après la mort des titulaires. Les autres qui devinrent de plus en plus nombreux par suite de la vénalité des charges, se transmettaient, se cédaient. Les temporaires n'avaient aucune valeur cessible ; les héréditaires et vénaux, au contraire, étaient considérés comme des propriétés transmissibles ayant le caractère d'*immeubles*. Le prix de l'office payé au roi se nommait *finance*. Certains privilèges de métiers ne portant pas le nom d'offices étaient réputés immeubles, notamment les titres de barbiers-perruquiers. « Les offices, disait Pothier, sont une espèce de biens d'une nature très singulière et très extraordinaire... Les privilèges de perruquiers sont réputés immeubles à l'instar des offices, parce qu'ils consistent pareillement en une quittance de finance qui a été payée au roi pour le privilège. Cette quittance est dans le commerce et elle donne un droit à celui qui en est propriétaire (1). »

1. Pothier, *Traité des choses*, art. 2 § 2.

La Coutume de Paris, dans son article 95, et la Coutume d'Orléans, dans son article 485, disaient : *office vénal est réputé immeuble*. Tout d'abord, le caractère immobilier de l'office n'avait pas été poussé dans toutes ses conséquences, et les coutumes qui admettaient cette règle reconnaissaient cependant qu'en cas de saisie, le prix de l'office se distribuait entre tous les créanciers « au sol la livre », et non par rang de préférence, comme pour les immeubles. Cette distinction disparut et un édit de 1683 décida que les offices vénaux, et par conséquent les métiers érigés en offices seraient *immeubles quant à tous effets*, et ordonna que *le prix s'en distribuerait par ordre d'hypothèques comme celui des immeubles*. Ainsi l'office fut assimilé à l'immeuble réel : la vente des offices engendra les mêmes actions et les mêmes garanties que celles des autres immeubles. Mais il faut remarquer que cela n'est vrai que du prix de l'office lui-même et non de la pratique : *la pratique*, c'est-à-dire l'ensemble des dettes actives dues au titulaire au moment de la cession, était un bien mobilier. « Lorsque l'officier se marie, dit Pothier, quoique son office, étant un bien immeuble, n'entre pas dans la communauté légale, la pratique ne laisse pas d'y entrer ; car cette pratique, qui est composée de différentes créances de sommes d'argent contre différents particuliers, est un bien mobilier. »

L'office est-il un immeuble par nature ou un

immeuble fictif? Brodeau, commentant la Coutume de Paris, se prononçait pour la première solution. Cependant Aurox des Pommiers, en 1732, commentant la Coutume du Bourbonnais, cite les offices parmi les immeubles réputés réels.

Quoi qu'il en soit de cette dernière question, tous les privilégiés de charges héréditaires de divers métiers avaient, comme moyens d'exercices de leurs états, des titres de propriétés sur lesquels ils pouvaient emprunter et consentir des hypothèques. Il en était de même pour d'autres privilèges de professions non qualifiées *offices*. Pothier avait cité les perruquiers; Denisart dit de même: « Les droits de messageries, carrosses et coches sont constamment immeubles (1). »

2° *Lieux d'exploitation*. — Lorsque le commerçant était propriétaire de la maison occupée par lui, les ustensiles du métier ainsi que les accessoires de l'habitation formaient un tout considéré comme immeuble dans son ensemble. Mais, ce qui est curieux, c'est que le droit au bail d'une boutique était aussi considéré comme immeuble; tous les auteurs sont d'accord sur ce point (art. 148, t. VII). Ferrières, dans son *Commentaire de la Coutume de Paris*, dit que les loges, boutiques, étaux, achetés au roi, sont véritablement immeubles, quoique la vente ne trans-

1. Denisart, *Collection de jurisprudence*, au mot *meubles*.

fère à l'acquéreur qu'une simple jouissance d'un fonds dont la propriété appartient au roi. Brodeau reconnaît également que ces baux étaient immeubles. Auzanet dit que les loges, boutiques et autres choses semblables affermées du roi et des ecclésiastiques, étaient réputés immeubles. Il en est de même des *lieux privilégiés* où les marchands pouvaient exercer sans avoir été reçus à la maîtrise, tels que certaines places publiques, les enclos des églises et des monastères; les baux de ces boutiques étaient réputés immeubles comme ceux des boutiques du roi. Un arrêt rendu le 7 mai 1741 déclara les étaux à bouchers susceptibles d'hypothèque. Dans bien des cas, le droit au bail fut réputé immeuble et susceptible d'hypothèque.

3^o *Matériel industriel, outillage, ustensiles de métier, marchandises.* — Pendant très longtemps, l'outillage industriel eut une valeur très minime; il était confondu avec les accessoires de l'habitation ou avec les marchandises. Ce n'est qu'au xv^e siècle qu'il commença à prendre de l'importance. Dans les coutumes, on appliquait la même distinction qu'à Rome : les ustensiles attachés au bien fonds, les moulins, pressoirs, étaient réputés immeubles, tandis que les autres ustensiles qui peuvent se transporter facilement, ainsi que les marchandises, étaient considérés comme meubles.

Mais lorsqu'il y avait un ensemble d'ustensiles

formant un étalissement, ou un ensemble de marchandises constituant un fonds de boutique, la jurisprudence rangeait cette universalité parmi les objets réputés immeubles. Un arrêt du 31 août 1641, rendu par le Parlement de Besançon, disait : « Les marchandises qui composent un fonds de boutique forment un seul tout, et ce tout forme une universalité qui devient un immeuble fictif et dont l'usufruitier ne peut pas plus disposer que d'un immeuble réel. »

Les actions sur les manufactures étaient aussi réputées immeubles. Les porteurs de ces actions avaient la propriété des maisons, des monopoles, des marques de fabrique, des ustensiles et de l'outillage ; tous ces objets étaient donc considérés comme immeubles.

En résumé, sous l'ancien régime, l'exploitation du commerce et de l'industrie n'était pas libre ; il y avait abus de privilèges, de monopoles ; des restrictions nombreuses étaient apportées à la production et à la vente ; mais, en revanche, les marchands et les fabricants avaient, dans les éléments d'exploitation, des objets qui, étant considérés comme immeubles, formaient une propriété plus solide ; aujourd'hui ces éléments sont considérés comme des meubles. Autrefois, celui qui exerçait un métier avait un meilleur gage à offrir à son créancier, puisque les éléments d'exploitation privilège, droit au bail et même matériel et marchandises, étaient considérés comme

immeubles et, comme tels, susceptibles d'hypothèque.

Le Code civil a accentué la différence entre les immeubles et les meubles ; le régime hypothécaire est restreint aux immeubles ; les meubles ne sont susceptibles que d'un nantissement dépossédant le débiteur.

Poursuivant notre historique, nous allons examiner le caractère juridique du fonds de commerce dans la période intermédiaire et sous l'empire du Code civil.

SECTION III

LE FONDS DE COMMERCE DANS LA PÉRIODE INTERMÉDIAIRE ET SOUS LE CODE CIVIL

Dans la nuit du 4 août 1789, l'Assemblée Constituante abolit tous les droits féodaux et tous les privilèges ; les lois des 2 et 17 mars 1791 déclarent : « Les offices de perruquiers-barbiers-étuvistes, les droits de réception de maîtrises et jurandes et tous les privilèges de professions, sous quelque dénomination que ce soit, sont supprimés » ; elles décident, en outre que « à compter du 1^{er} avril 1791, il sera libre à tout citoyen d'exercer telle profession, art ou métier qu'il trouvera bon, après s'être pourvu d'une patente ». Sous ce régime de liberté, il ne resta donc plus, comme éléments d'exploitation de métiers, que

le domicile professionnel, l'outillage et les marchandises. Quel caractère donna-t-on à ces éléments jusqu'à la promulgation du Code civil ? Ce qui préoccupa le plus la pratique à cette époque, ce fut la question du caractère mobilier ou immobilier du fonds de boutique ; par le jugement du 23 floréal an III, les premiers juges n'hésitèrent pas à déclarer immeuble le fonds de boutique. Le tribunal de cassation infirma ce jugement : « Considérant que nulles lois, nulles coutumes, nuls usages n'ayant classé parmi des immeubles un fonds de boutique composé d'objets mobiliers, dont la nature ne peut être changée par aucune disposition... » ; l'exposé historique que nous avons fait contredit les considérants de cet arrêt.

Quelques années plus tard, une espèce assez voisine fut soumise au tribunal de cassation ; l'affaire qui portait à la fois sur le caractère mobilier du fonds de commerce et sur sa fongibilité, nous est racontée assez longuement par Merlin (1). Un marchand drapier décédé, en 1761, avait laissé à sa veuve l'usufruit de son fonds de commerce. Celle-ci contracta d'abord une société avec un tiers pour l'exploitation du fonds, puis en 1784, elle lui vendit l'ensemble de ses droits relatifs à l'entreprise de

1. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, art. *Usufruit*, § 4, p. III.

draperie. En l'an VII, les enfants du drapier revendiquèrent contre l'acquéreur le fonds de commerce de leur père, dont leur mère n'avait reçu, disaient-ils, que l'usufruit, et dont elle n'avait pu, par conséquent, céder la pleine propriété. L'acheteur répondait en alléguant le caractère mobilier et fongible du fonds, et le droit qui en dérivait pour l'usufruitier de l'aliéner. Un jugement du tribunal civil du Doubs, du 26 fructidor an VII, accueillit les prétentions de l'acquéreur ; il décida que le fonds de commerce consistait en choses fongibles, consommables, et que par conséquent l'usufruitier pouvait l'aliéner à la charge d'en restituer l'équivalent à la fin de la jouissance. Le tribunal d'appel de Besançon, par un arrêt du 23 thermidor an IX, infirma le jugement du tribunal de Doubs ; il reconnut au fonds de commerce une valeur distincte de celle des marchandises qui le composent, et décida qu'on devait traiter cette valeur « soit comme un immeuble fictif, soit comme une universalité de meubles, soit comme un meuble précieux » ; en conséquence, on devait refuser à l'usufruitier le droit de l'aliéner. L'acquéreur alla en cassation et le tribunal suprême se prononça en faveur du caractère mobilier du fonds de commerce, et valida l'aliénation consentie par la veuve usufruitière. « Non seulement, dit l'arrêt, les éléments du fonds, c'est-à-dire les marchandises, sont évidemment fongibles, mais l'ensemble lui-

même l'est également, parce qu'il est de nature à pouvoir être remplacé par de l'argent, qui est le premier de toutes les choses fongibles. »

Comme on le voit, il n'est pas question, dans ces jugements, de droit au bail, d'enseigne et de nom commercial, les marchandises seules sont en cause. Le fonds de boutique est tantôt considéré comme un objet mobilier, tantôt comme un objet immobilier.

Quels changements le Code civil apporta-t-il dans la condition juridique des établissements industriels et commerciaux ? Les rédacteurs du Code civil, en présence de l'état de la décadence du commerce et de l'industrie, ne se préoccupèrent pas de conserver pour les établissements industriels et commerciaux les mesures de protection que les coutumes avaient sagement instituées. Les moyens d'exercice des métiers furent classés parmi les objets mobiliers, et le législateur n'eut de sollicitude que pour les immeubles. Rien n'indiquait, il est vrai, à cette époque, le développement considérable que devaient prendre le commerce et l'industrie ; le législateur s'occupa naturellement de la propriété foncière, il négligea la propriété mobilière.

Le législateur de 1804 classe les biens en meubles et immeubles ; il parle aussi d'une troisième catégorie de biens, les meubles, qui sont immobilisables lorsque certaines circonstances se trouvent réunies. L'article 524 range parmi les immeubles « les

ustensiles nécessaires à l'exploitation des usines, fabriques, manufactures et ateliers », mais il est certain que les rédacteurs du Code n'ont pas voulu faire dans le paragraphe 11 de l'article 524 une loi générale pour l'industrie et le commerce ; aujourd'hui, leur développement est tel qu'il est nécessaire de donner à leurs moyens d'exploitation des garanties sérieuses, d'en faire de véritables immeubles.

Nous verrons dans quelle mesure les lois récentes ont suivi cette tendance, et s'il y a lieu de l'accroître.

CHAPITRE II

LES LOIS RÉCENTES ET L'IMMOBILISATION :
LE CARACTÈRE JURIDIQUE DU FONDS DE
COMMERCE DEPUIS LA PROMULGATION DU
CODE CIVIL JUSQU'A LA LOI DU 17 MARS 1909.

Il ressort de l'étude historique que nous venons de tracer, que dans l'ancien droit français, les fonds de boutique, au moins ceux qui étaient érigés en offices, étaient des biens immobiliers susceptibles d'hypothèque, et toutes les conséquences qui découlent de ce caractère immobilier étaient admises, notamment au point de vue de la publicité de la cession, au point de vue des droits qui appartiennent aux époux sous les régimes matrimoniaux.

Les Codes civil et de commerce, subissant peut-être l'influence du droit intermédiaire, ont fait du fonds de commerce un bien mobilier ; dès lors, le fonds de commerce tombe en communauté, son aliénation n'est soumise à aucune publicité particulière ; il n'est pas susceptible d'hypothèque, mais seulement d'un nantissement, nantissement dont la validité suppose la mise en possession du fonds par le créancier

gagiste ; ces conséquences logiques du caractère mobilier ont paru d'abord sans inconvénient. A l'époque de la rédaction du Code civil, l'industrie et le commerce étaient peu développés ; le commerçant, pour la marche de ses affaires, avait, moins souvent qu'aujourd'hui, recours au crédit, et le besoin d'offrir une garantie sérieuse aux créanciers se faisait moins sentir. Comme la mise en gage effective du fonds de commerce était impossible, le créancier se faisait délivrer par le commerçant les documents qui justifiaient son droit sur le fonds et le magasin loué ; de cette sorte, le nantissement était régulier. La jurisprudence englobait dans le nantissement, outre la clientèle et le bail, l'outillage et les marchandises du fonds, quoique le gagiste ne les eût pas en sa possession ; les marchandises et le matériel étaient l'accessoire du fonds considéré comme « universalité » juridique. Un pareil nantissement était occulte ; rien n'avertissait les tiers traitant avec le commerçant que les marchandises, le matériel et les éléments incorporels du fonds de commerce étaient grevés d'un privilège au profit d'un seul créancier ; en cas de faillite, celui-ci absorbait le produit intégral de l'actif.

Le besoin d'une mesure de publicité se fit alors sentir ; la réforme fut réalisée par la loi du 1^{er} mars 1898, ajoutant à l'article 2075 l'alinéa ainsi conçu : « Tout nantissement d'un fonds de commerce devra,

à peine de nullité vis-à-vis des tiers, être inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité. » Le nantissement d'un fonds de commerce recevait donc une publicité analogue à l'hypothèque ; dans les deux cas, l'inscription est faite sur un registre public ; c'est un premier pas vers l'immobilisation. Cette réforme consacrait en réalité, non pas un gage, mais une véritable hypothèque mobilière sans déplacement de possession, sur le fonds de commerce. Mais la loi de 1898 s'arrêtait là ; elle n'établissait pas un régime de publicité analogue aux hypothèques immobilières du Code civil (inscription sur dépôt de bordereau, renouvellement, radiation, purge), toutes ces questions restaient en suspens. Ce fut l'œuvre de la loi du 17 mars 1909 de combler ces lacunes ; elle soumit le privilège et l'action résolutoire du vendeur à la publicité par l'inscription au greffe du tribunal de commerce ; elle soumit à la publicité le nantissement [sur le fonds, confirmant ainsi la loi de 1898 ; elle réglementa les formalités relatives à l'inscription d'hypothèque, à sa durée et ses effets ; elle statua sur les conditions de la radiation, sur la délivrance d'états au public ; elle rendit le privilège du vendeur d'un fonds de commerce opposable à la faillite ; elle organisa la publicité des ventes de fonds de commerce, elle sauvegarda les droits des créanciers en leur donnant le droit de

surenchère ; sur tous ces points, la loi de 1909 s'est rapprochée des règles admises en matière hypothécaire, mais elle n'est pas allée jusqu'à l'immobilisation complète.

Il est curieux de constater que jusqu'ici, les étapes suivies par le législateur en matière de fonds de commerce ont été les mêmes qu'en matière de navires. Les navires sont considérés en droit comme des biens mobiliers, article 190 du Code de commerce et 531 du Code civil ; mais sous plusieurs rapports qui ont pour la marine marchande une très grande importance, on leur applique les règles qui régissent les immeubles ; ainsi, depuis la loi du 1^{er} mai 1875, les navires sont susceptibles d'hypothèque, et la règle « meubles n'ont pas de suite par hypothèque » ne s'applique pas aux navires : l'article 2279 ne s'applique pas non plus aux navires ; car les motifs qui justifient cette règle doivent la faire écarter par eux, les aliénations de navires se constatant par écrit. De même les fonds de commerce sont susceptibles d'un nantissement ; pour les navires, l'inscription se fait sur des registres spéciaux tenus au bureau de l'inscription maritime du port d'attache ; pour les fonds de commerce, l'inscription se fait au greffe du tribunal de commerce ; la loi de 1898 sur le nantissement des fonds de commerce est comparable à la loi de 1875 sur l'hypothèque maritime. Le droit de suite, qui n'existe pas sur les meubles,

appartient aux créanciers privilégiés sur les fonds de commerce et sur les navires ; ces différences tiennent à ce que les navires et les fonds de commerce sont des biens qui à raison de leur importance et de leur fixité méritent un traitement spécial, un traitement semblable à celui qui régit les immeubles.

Notre législation actuelle sur les fonds de commerce, si elle s'est rapprochée de l'immobilisation par les points que nous venons de signaler sommairement, s'en éloigne cependant, en ce que l'aliénation des fonds de commerce n'est pas soumise à la formalité de la transcription, la publicité existe actuellement sous forme d'extrait ou avis dans un journal d'annonces légales du ressort du tribunal de commerce où se trouve le fonds ; c'est un progrès qui a été réalisé par la loi de 1909 sur la loi antérieure de 1898 ; nous verrons que cette mesure de publicité est insuffisante et qu'elle devrait être remplacée par la transcription sur un *registre de commerce*.

Nous allons exposer l'histoire du régime qui a été appliqué aux fonds de commerce, au point de vue qui nous occupe ; il faut distinguer trois périodes : le Code civil et le Code de commerce, la loi du 1^{er} mars 1898 et la loi du 17 mars 1909 ; nous verrons ensuite s'il y a lieu de modifier cette dernière loi dans le sens de l'immobilisation complète.

§ 1. — *La législation des fonds de commerce sous les Codes civil et de commerce*

Les codes civil et de commerce étaient muets sur beaucoup de questions intéressant les fonds de commerce ; c'est ainsi que, par exemple, aucun article n'obligeait l'acquéreur d'un fonds de commerce à publier son contrat dans un journal d'annonces légales ; on se demandait également, s'il était possible, et à quelles conditions, de donner en gage un fonds de commerce, c'est-à-dire l'ensemble formé par la réunion d'éléments incorporels (clientèle achalandage, enseigne, nom commercial) et d'éléments corporels (matériel et marchandises) qui servent à l'exploitation d'un négoce. Sur le premier point, la pratique avait comblé la lacune de la loi ; la vente d'un fonds de commerce présente de grands dangers pour les créanciers ; tandis qu'en Allemagne, le successeur d'un négociant recueille l'actif et le passif du fonds, le fonds de commerce étant considéré comme une universalité de droit, une personne juridique, en France l'acheteur d'un fonds de commerce recueille seulement l'actif, il ne se préoccupe pas du règlement des dettes de son prédécesseur qui est demeuré, malgré la vente seul responsable envers ses créanciers ; ceux-ci n'ont donc plus

pour gage le fonds de commerce dès qu'il est passé entre les mains de l'acquéreur. Si la vente a lieu sans publicité, aussitôt que l'acheteur a versé son prix, les créanciers cessent d'avoir le moyen de se faire rembourser, ils n'ont à leur disposition que les nullités de la faillite et l'action paulienne qui exige la preuve d'une complicité de fraude. Pour parer à ces inconvénients, il s'était établi un usage dans les villes les plus importantes de France et notamment à Paris. Il était admis que la vente, pour produire effet au regard des créanciers devait être insérée dans un journal d'annonces légales, et que l'acheteur attendrait, à partir de cette publication, un certain délai, de dix jours par exemple, pour verser son prix. Ce délai était donné aux créanciers du cédant, afin de former opposition entre les mains de l'acquéreur : faute de quoi celui-ci était exposé à payer deux fois. On considérait en somme les créanciers du fonds de commerce comme investi d'un véritable privilège sur ce fonds, quoiqu'ils vinssent au marc le franc par rapport aux autres. Ce privilège leur donnait un droit de suite, pouvant se payer par la notification de l'acheteur ; l'article 196 du Code de commerce a institué une règle semblable pour les navires.

Une controverse s'élevait sur le caractère obligatoire ou facultatif de cet usage ; un système prétendait que les parties étaient obligées de s'y conformer

dans les villes où il était accepté, d'après un autre système cet usage était inefficace. La question est tranchée aujourd'hui par la loi de 1909, toute vente ou cession de fonds de commerce doit être, dans la quinzaine, publiée dans un journal d'annonces légales du ressort du tribunal de commerce où se trouve le fonds, nous retrouverons plus tard cette disposition.

En ce qui concerne le nantissement, la majorité des Cours d'appel considéraient le fonds de commerce comme une universalité mobilière distincte des éléments entrant dans sa composition et susceptible de faire l'objet d'un nantissement : il suffisait que l'on satisfît aux conditions exigées pour la mise en gage des meubles incorporels ; par conséquent le nantissement d'un fonds de commerce était régulier lorsque conformément à l'article 2075, signification du contrat de gage avait été faite au propriétaire de l'immeuble loué et lorsque le créancier avait été mis en possession : 1° De l'acte de transmission du fonds de commerce ; 2° du bail du magasin pour répondre aux prescriptions de l'article 2076. Ces formalités accomplies, le nantissement était régulier et portait sur l'ensemble des valeurs corporelles et incorporelles du fonds de commerce. La jurisprudence civile fut définitivement fixée en ce sens depuis un arrêt de la Cour de cassation du 18 mars 1888 ; cet arrêt pose en principe que le fonds de commerce pris dans son ensemble, doit être considéré, en droit,

comme un meuble incorporel ; car dit-il dans ses motifs, « dans l'universalité juridique que constitue le fonds de commerce, c'est l'enseigne, le droit au bail, l'achalandage qui jouent le rôle prépondérant le mobilier proprement dit n'étant que l'instrument, de l'exploitation, en conséquence lorsque le fonds de commerce est donné par son propriétaire en nantissement à l'un de ses créanciers, il suffit pour la régularité du contrat et la création du privilège, que le débiteur remette son acte d'achat dudit fonds au créancier gagiste et que celui-ci signifie l'acte de nantissement au bailleur de l'immeuble dans lequel le commerce est exploité (C. civ. 2074, 2075, 2076).

Cette jurisprudence était très critiquée dans le monde commercial ; on lui reprochait à la fois d'être contraire aux intérêts des tiers et de violer l'article 2076 ; en effet, rien n'était plus dangereux pour les tiers que ce privilège dont rien, au dehors, ne révélait l'existence ; la simple délivrance du contrat de gage et la remise du titre donnant droit au bail était nécessairement ignorée de ceux qui pouvaient traiter avec le commerçant et le crédit de celui-ci se trouvait diminué ; de plus, l'article 2076 exige formellement la dépossession du débiteur, condition qui ne se trouvait pas remplie. La jurisprudence commerciale se refusa toujours à admettre cette solution. Ce conflit entre la jurisprudence civile et commerciale fut tranché par la loi du 1^{er} mars 1898,

dont le texte est ainsi conçu : « Tout nantissement d'un fonds de commerce, devra, à peine de nullité vis-à-vis des tiers, être inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds de commerce est exploité. »

§ 2. — *La législation des fonds de commerce sous l'empire de la loi du 1^{er} mars 1898 ; inconvénients de cette législation*

La loi de 1898, dans l'esprit de ses auteurs, devait faire disparaître toutes les controverses jurisprudentielles ; elle devait aussi satisfaire les commerçants, qui pourraient obtenir du crédit en donnant leur fonds de commerce en nantissement ; les tiers, d'autre part, seraient suffisamment protégés par la publicité résultant de l'inscription sur le registre tenu au greffe du tribunal de commerce. Loin de satisfaire le commerce, cette loi a provoqué, dès son apparition, de vives protestations de la part des Chambres et des tribunaux de commerce.

La loi de 1898 n'a pas mis fin aux anciennes controverses et elle en a suscité de nouvelles. L'article unique de cette loi impose l'inscription au greffe du tribunal de commerce ; mais cette inscription suffit-elle ? ou bien la loi a-t-elle imposé une formalité supplémentaire, devant s'ajouter à celles qu'on avait

pris l'habitude d'exiger auparavant (remise des titres avec signification au bailleur). Les tribunaux de commerce, hostiles à l'idée de gage sans dessaisissement du débiteur, se prononçaient en ce dernier sens, annulant les nantissements qui ne remplissaient que la condition d'inscription (1).

La loi de 1898, en outre, contenait plusieurs lacunes. Le procédé d'inscription au greffe du tribunal de commerce ressemblait beaucoup à l'inscription de l'hypothèque sur le registre du conservateur; dans les deux cas il y a inscription sur un registre public, et en ce sens, la loi de 1898 s'est rapprochée de l'immobilisation; dès lors, elle aurait dû, comme le Code civil, régler toutes les formalités relatives à l'inscription du nantissement, régler ce que doit contenir l'inscription au greffe; toutes les questions qui se posent au sujet de l'inscription hypothécaire se posent également au sujet de l'inscription du nantissement. Comment le registre doit-il être consulté? Le greffier doit-il délivrer copie des inscriptions? L'article 448-2° du Code de commerce frappe-t-il l'inscription se plaçant dans un temps voisin de la faillite? Le privilège résultant du nantissement peut-il être purgé? Toutes ces questions n'ont pas été résolues. Un projet déposé par M. Lebret, garde des sceaux, avait pour but de combler les lacunes de la

1. Trib. com. Seine, 5 novembre 1898, *Gaz. pal.*, 98. 11. 622.

loi de 1898 et organisait un régime de publicité analogue à celui qui existe en matière hypothécaire, mais il n'y fut pas donné suite. Ce projet n'a pas été mieux accueilli que la loi elle-même ; car le monde commercial s'est montré hostile non seulement à la réglementation de détails de la loi de 1898, mais à son principe même : d'après l'interprétation des Cours d'appel, le nantissement pouvait comprendre tous les éléments d'exploitation y compris les marchandises ; de cette façon le commerçant engageait tout son patrimoine, mais restait à la tête de ses affaires, gardait une solvabilité apparente, au détriment des tiers qui traitaient avec lui et n'avaient pas le temps de consulter le registre des inscriptions au greffe du tribunal de commerce.

De plus, en cas de faillite le caractère occulte de ce nantissement permettait de tourner la loi en faisant revivre le privilège du vendeur, qu'écarte l'article 560 du Code de commerce : le vendeur d'un fonds de commerce, pour garantir sa créance, se faisait donner en nantissement le fonds vendu, et lorsqu'arrivait la faillite, le vendeur absorbait tout l'actif au détriment des créanciers. Pour éviter ces fraudes il fallait donner au nantissement une publicité suffisante pour avertir les tiers ; mais cette publicité elle-même eût nui au crédit du commerçant ; le nantissement comprenait en effet les marchandises ; or, aurait-on voulu traiter avec un commerçant qui

eût donné en nantissement même ses marchandises ? Son crédit eût été perdu complètement. Le nantissement était non seulement dangereux pour les relations commerciales, il l'était aussi pour le débiteur lui-même ; une fois le nantissement constitué le crédit du commerçant était ruiné ; il ne pouvait obtenir d'avances que du créancier nanti, qui pouvait le menacer d'expropriation et le tenait à sa merci.

La situation était surtout critique pour le débiteur qui avait consenti un nantissement à son vendeur ; celui-ci, après avoir touché une partie du prix de vente, ne songeait qu'à exproprier son acheteur du fonds vendu et à le racheter à bas prix.

Malgré tous ces inconvénients, les nantissements n'ont pas cessé d'être en usage pendant les années qui ont suivi la promulgation de la loi de 1898 ; les statistiques témoignent de l'abondance des inscriptions au greffe du tribunal de commerce de la Seine et à celui de Lyon. Cette constatation prouvait que le nantissement était utile et qu'il y avait lieu de l'organiser d'une façon plus favorable au crédit public et à l'intérêt du débiteur.

Une commission de la Société d'études législatives fut chargée, en 1903, de préparer un projet de loi sur le nantissement des fonds de commerce. M. Percerou dans son rapport présenté au nom de la commission, après avoir fait les critiques de la loi de 1898, présente un tableau des réformes législatives que com-

porte la loi de 1898 sur le nantissement des fonds de commerce, et des résolutions adoptées à ce sujet par la commission. *Elle a dû d'abord trancher cette question de principe : Convient-il de permettre de donner un fonds de commerce en nantissement ?* Les membres de la commission, sur ce point, n'ont pas hésité longtemps avant d'adopter l'affirmation ; puisque tout élément d'un patrimoine est susceptible d'être attribué par préférence au paiement d'une créance déterminée, on ne voit pas pourquoi il en serait autrement du fonds de commerce ; le nantissement peut rendre de réels services au négociant se trouvant momentanément dans une période de crise ; un banquier ou un capitaliste consentira facilement à lui faire une avance de fonds.

Cette première question en entraîne une autre : *sur quels objets le nantissement portera-t-il ?* A cet égard, il faut distinguer entre les éléments incorporels et corporels du fonds. Pour les premiers, la commission a reconnu sans difficulté la possibilité d'englober dans le nantissement l'achalandage et la clientèle, l'enseigne et le nom commercial, mais elle a exclu les créances ; en effet, avec le système allemand, qui considère le fonds de commerce comme une universalité juridique ayant son actif et son passif propre, il est logique de faire comprendre les créances dans le nantissement ; mais, comme nous l'avons dit, ce système est repoussé par la doctrine

française ; les créances et les dettes ne suivent pas le sort du fonds ; elles restent sur la tête de celui qui les a contractées, et ne tombent pas dans le patrimoine du nouveau propriétaire du fonds de commerce ; il est donc naturel de les exclure ; mais la commission a fait comprendre dans le gage les dessins et modèles de fabrique et les brevets d'invention.

Quant aux éléments corporels, la commission a décidé qu'il fallait exclure du nantissement les immeubles ; en effet, lorsque le commerçant est propriétaire de l'immeuble dans lequel le fonds est exploité, il y aurait évidemment intérêt à ce qu'une seule inscription au greffe du tribunal de commerce frappât à la fois l'immeuble et le fonds de commerce ; aucun conflit ne pourrait surgir entre le créancier hypothécaire inscrit sur l'immeuble et le créancier nanti inscrit sur le fonds ; la question de priorité serait tranchée par la date des inscriptions ; de plus, en cas de faillite, il n'y aurait qu'une seule procédure d'exécution ; mais pour que cette solution fût admise, il faudrait que le fonds de commerce fût considéré comme immeuble par destination, par extension de l'article 524 du Code civil ; cette solution, bonne en législation, est inadmissible dans l'état actuel du droit ; le régime hypothécaire du Code civil portant sur des immeubles, et le système du nantissement frappant les meubles sont deux

systèmes qui se suffisent à eux-mêmes et qui ne doivent pas empiéter l'un sur l'autre.

Les immeubles étant exclus, doit-on faire comprendre dans le nantissement le matériel d'exploitation, et les marchandises ? La commission n'a pas hésité à faire comprendre dans le nantissement le matériel d'exploitation, l'outillage, qui font en somme partie intégrante du fonds. La question était plus délicate pour les marchandises et les divergences ont été grandes sur ce point. Ceux qui prétendaient que, en aucun cas, même lorsque les parties le stipulaient expressément, le nantissement ne devait comprendre les marchandises, invoquaient en faveur de leur opinion des considérations de crédit : le nantissement établi sur des marchandises, sans dépossession du débiteur, disaient-ils, constitue une fraude vis-à-vis de la masse chirographaire, car il est impossible aux créanciers qui traitent avec le commerçant d'aller consulter le registre des inscriptions au greffe du tribunal de commerce ; ils considèrent naturellement les marchandises comme faisant partie de leur gage. Si la faillite survient, un seul créancier absorbe tout l'actif ; il est nécessaire d'éviter ce danger en réservant les marchandises à la masse chirographaire, en les excluant du nantissement. Les adversaires de cette opinion répondaient à cette objection que dans quelques branches du négoce, les marchandises étaient sinon l'unique élément, du moins l'élément

principal du fonds ; les exclure du gage, c'eût été réduire ce gage à rien ; il fallait donc faire rentrer les marchandises dans le nantissement si l'on voulait faire de celui-ci une institution vraiment pratique ; devant ces arguments contradictoires, la commission ajourna sa délibération ; les représentants du commerce parisien furent consultés ; tous protestèrent contre le nantissement des fonds de commerce et déclarèrent qu'en tous cas il fallait en exclure les marchandises. C'est à cette opinion que la commission s'est arrêtée : elle a pensé qu'il fallait exclure les marchandises du nantissement ; mais elle n'a pas cru devoir effacer complètement la loi de 1898, car la dation en gage du fonds de commerce, restreinte aux éléments incorporels et au matériel, est un utile instrument de crédit ; nous verrons que cette solution a été adoptée par la loi du 17 mars 1909 qui, tout en adoptant le nantissement des fonds de commerce, en a exclu formellement les marchandises.

La commission, après avoir adopté ces principes, avait à régler les détails de l'institution ; elle se demanda d'abord à *quelles formalités le nantissement serait subordonné à l'égard des tiers* ? La rédaction d'un écrit est-elle nécessaire ? Cet écrit doit-il être authentique ? En droit commercial, les actes juridiques se prouvent par tous les moyens ; pour le gage commercial, un écrit n'est pas nécessaire ; cependant la commission exigea la rédaction

d'un écrit pour les nantissements de fonds de commerce; cette formalité est nécessaire pour dresser les bordereaux à inscrire au tribunal de commerce. La forme authentique fut repoussée, l'intervention d'un notaire étant contraire aux usages du commerce.

L'inscription au greffe suffit-elle ou bien faut-il exiger une autre formalité? Faut-il, en outre, la remise au créancier du titre d'acquisition du fonds et de l'acte de bail, ainsi que la signification au bailleur du contrat de nantissement? La commission a rejeté ces deux formalités supplémentaires et a décidé que l'inscription au greffe suffirait, *orga omnes*, même vis-à-vis du bailleur, sans qu'il soit nécessaire de lui notifier personnellement le contrat de gage. On s'est demandé, également, s'il ne conviendrait pas de compléter l'inscription au greffe par une insertion dans un journal d'annonces légales; ce moyen eût été, disait-on, très efficace pour prévenir les commerçants qui ne peuvent pas toujours consulter le registre du greffe; cependant, l'insertion dans les journaux a été repoussée, parce qu'on a craint qu'elle ne nuise à la réputation du commerçant qui a donné son fonds en gage, et qu'elle ne l'empêche d'obtenir du crédit; après une courte discussion, la commission décida que le greffe du tribunal de commerce serait compétent pour tenir le registre; la prise de l'inscription serait soumise aux règles suivies en matière hypothécaire; le législateur ayant suivi cette

méthode lorsqu'il a réglementé l'hypothèque maritime dans la loi de 1875, il n'y avait qu'à l'imiter en ce qui concerne les fonds de commerce : la commission décida que le nantissement serait inscrit sur production de l'original enregistré du titre constitutif du gage, et de deux bordereaux rédigés sur le modèle des bordereaux hypothécaires et contenant la désignation exacte du fonds de commerce, la consistance précise des éléments compris dans le gage, le nom du débiteur, du créancier, et le montant de la créance ; la forme sous laquelle le public devait prendre connaissance du registre serait également empruntée au système hypothécaire ; des certificats seraient délivrés au public, en conformité du registre ; la commission a même introduit un mode d'information plus simple ; à côté des certificats d'inscription complète, elle a imaginé des certificats plus brefs, constatant simplement que le fonds est engagé, qui pourraient être délivrés par le greffier sur réquisition.

Pour protéger les créanciers chirographaires, la commission décida que le créancier nanti devait, sous peine de déchéance, requérir l'inscription au greffe dans le délai de quinze jours à partir de l'acte constitutif du nantissement ; elle donna aux créanciers chirographaires la faculté d'attaquer « tout nantissement consenti pendant la période de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui précèdent »,

suivant les termes de l'article 446 du Code de commerce. Enfin, d'après la commission, les causes qui arrêtent le cours des inscriptions hypothécaires devaient s'étendre à l'inscription du nantissement des fonds de commerce. En cas de conflit entre plusieurs créanciers nantis, l'ordre des inscriptions déterminerait l'ordre de préférence.

La commission n'avait pas prévu le conflit entre un créancier nanti et un vendeur non payé du matériel ; M. Percerou, comblant la lacune, donna la préférence au créancier nanti, par analogie avec ce qui se passe en matière hypothécaire.

Plusieurs questions restaient à résoudre ; elles étaient relatives au *fonctionnement de l'inscription* et à la *façon dont le créancier nanti doit réaliser son gage*. Sur ces points, comme sur beaucoup d'autres, la commission s'est inspirée des règles suivies en matière hypothécaire ; c'est ainsi qu'elle a proposé les solutions suivantes : l'inscription du nantissement conserverait le privilège pendant cinq années à partir de sa date ; son effet cesserait si elle n'était pas renouvelée avant l'expiration de ce délai. L'inscription garantirait, outre le capital, trois années d'intérêts, à la condition de mentionner expressément que la créance est productive d'intérêts et qu'elle indique le taux de celle-ci, système emprunté au régime hypothécaire (art. 2151 du C. civ. modifié par la loi du 17 juin 1893). De même qu'en

matière hypothécaire, la commission décida que la radiation ne pourrait être opérée par le greffier qu'en vertu d'un jugement passé en force de chose jugée ou d'un acte authentique de mainlevée consenti par le créancier.

Le domaine d'application du nantissement déterminé, ainsi que ses conditions de constitution, la commission devait enfin rechercher comment le créancier nanti parviendrait à réaliser son gage; deux hypothèses devaient être distinguées, le cas où le fonds de commerce a été vendu à l'amiable et le cas où il a été vendu sur saisie ou en cas de faillite. Dans le premier cas, la purge sera-t-elle possible de la part de l'acheteur? La purge se comprend tout aussi bien pour les fonds de commerce que pour les immeubles et les navires, et ne présente pas plus de difficulté puisque les charges à purger sont soumises à la publicité par l'inscription. La commission a admis la possibilité de purger le fonds de commerce, mais elle n'a pu la réglementer; car la première formalité à remplir pour l'acquéreur qui veut purger est de transcrire son titre d'acquisition, et, à cette époque, aucune transcription n'était requise en cas de cession d'un fonds de commerce. La commission a dû réserver l'examen de la question. M. Percerou, dans son rapport, avait proposé un système de purge consistant dans des notifications individuelles à fin de purge, facilitées au moyen

d'une élection de domicile contenue dans l'inscription du nantissement. Ce système de purge devait être complété d'une faculté de surenchère accordée au créancier nanti.

La commission n'a pas réglé non plus comment, en cas de vente forcée, le créancier ferait vendre le fonds de commerce et se ferait payer sur le prix. M. Percerou estime que parmi les diverses saisies que le Code de procédure met à notre disposition, pas une ne convient à ce meuble incorporel si spécial qu'est le fonds de commerce. Les articles 93 du Code de commerce et 2078 du Code civil permettent de faire vendre l'objet donné en gage sans demander l'autorisation de justice ; or, le fonds de commerce a une importance trop grande pour qu'on puisse se passer de cette formalité ; la procédure qui conviendrait aux fonds de commerce serait une saisie analogue à la saisie immobilière, quoique moins compliquée cependant. Le tribunal compétent serait le tribunal de commerce.

Le fonds de commerce une fois vendu, il faut en distribuer le prix aux créanciers : d'où la nécessité d'organiser une procédure de distribution ; ici encore la commission ne s'est pas expliquée. M. Percerou, dans son rapport, propose une procédure d'ordre, calquée sur notre procédure d'ordre existant en matière hypothécaire ; car les nantissements frappant

le fonds de commerce se rangent d'après la date de leurs inscriptions, comme les hypothèques.

§ 3. — *La loi de 1909 sur la vente et le nantissement des fonds de commerce ; en quoi s'est-elle rapprochée de l'immobilisation des fonds de commerce, en quoi en diffère-t-elle ?*

Il nous reste à rechercher dans quelle mesure la loi de 1909 a réalisé l'idée de l'immobilisation des fonds de commerce.

Si l'on examine dans son ensemble la législation nouvelle, on s'aperçoit qu'elle s'est approchée de l'immobilisation sur trois points de vue intéressants :

En premier lieu, elle a rendu public le privilège du vendeur et l'a rendu opposable à la faillite ;

En second lieu, elle a organisé une procédure de saisie des fonds de commerce calquée sur la procédure de saisie immobilière ;

En troisième lieu, les détails de l'inscription de nantissement sont souvent une imitation de ceux de l'inscription de l'hypothèque. Mais, au contraire, la loi nouvelle s'est écartée du concept de l'immobilisation sur les deux autres points suivants :

D'abord, la vente des fonds de commerce n'est pas

rendue publique par la transcription. Ensuite, il n'existe pas, en matière de vente de fonds de commerce, de procédure de distribution calquée sur la procédure d'ordre.

Nous allons mettre en relief successivement chacune de ces affirmations.

Publicité du privilège du vendeur

Le vendeur du fonds, créancier du prix, se trouve garanti par un privilège et par l'action résolutoire.

« Privilège et action résolutoire, dit M. Thaller⁽¹⁾, paraissent, au premier aspect, concorder avec le droit général de la vente mobilière. Le fonds de commerce est un meuble. Le vendeur d'effets mobiliers est, à défaut de paiement, autorisé à poursuivre la résolution (art. 1184 et 1654 du C. civ.), de même qu'il figure au rang des créanciers privilégiés (art. 2102). Cependant, là du moins où l'acheteur est un commerçant et vient à tomber en faillite, cette double garantie réelle appartenant au vendeur du fonds déroge au contraire au droit commun, et vient faire à ce créancier une situation meilleure que celle de tout autre vendeur de meubles. Les articles 550 *in fine* et 576 du Code de commerce suppriment, en cas de

1. *Traité de droit commercial*, 1910, n° 83 bis.

faillite de l'acheteur, tant le privilège que l'action résolutoire du vendeur de meubles, en obligeant celui-ci à produire au marc le franc. Et cette règle était étendue par la jurisprudence au vendeur de fonds de commerce (1). Il en est différemment aujourd'hui par suite des innovations de la loi du 17 mars 1909. Le privilège du vendeur de meubles a été repoussé par la loi des faillites, parce qu'il est occulte. Mais il est possible de rendre public le privilège du vendeur du fonds de commerce, à raison de l'assiette fixe de ce fonds. C'est ce qu'a fait la loi nouvelle. »

Qu'est-ce à dire, sinon que la loi nouvelle assimilant le fonds de commerce à un immeuble à cause de sa fixité, a organisé la publicité du privilège du vendeur du fonds. Ce privilège doit être inscrit sur un registre tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité (art. 1^{er}). Ce registre est tout à fait comparable au registre des conservations hypothécaires fonctionnant pour les immeubles.

L'inscription doit être prise dans la quinzaine de l'acte de vente. Elle est opposable à la faillite. Quant à l'action résolutoire établie par l'article 1654 du Code civil, elle doit, pour produire effet, être mentionnée et réservée expressément dans l'inscription ;

1. Cf. Thaller, *op. cit.*, n° 1958.

Note Percerou, sous Paris, 22 mai 1901. D. 1903. 2. 97-

elle ne peut être exercée au préjudice des tiers après l'extinction du privilège (art. 2).

Le privilège du vendeur de fonds s'étend même à la valeur des marchandises se trouvant dans le fonds au moment de la faillite, alors que le privilège du nantissement ne porte pas sur ces marchandises.

Le privilège du vendeur prime celui du créancier nanti, si les formalités prescrites par la loi en vue de la conservation du premier privilège ont été remplies, et même si l'inscription du gagiste est antérieure.

L'article 2 est formel sur ce point : « L'inscription, dit-il, doit être prise à peine de nullité dans la quinzaine de l'acte de vente. Elle prime toute inscription prise dans le même délai du chef de l'acquéreur ; elle est opposable à la faillite et à la liquidation judiciaire de l'acquéreur ainsi qu'à sa succession bénéficiaire. »

Si donc l'inscription de privilège du vendeur a été prise dans la quinzaine de la date de l'acte de vente, son effet rétroagit au jour de cet acte. Par suite, si une inscription de nantissement du chef de l'acquéreur était prise le douzième jour après la vente, et celle du vendeur seulement le quatorzième jour, le vendeur serait le premier payé.

La loi de 1909 a innové sur ce point. Sous l'ancienne législation, le privilège du vendeur était primé par le créancier nanti et de bonne foi, c'est-à-dire ignorant le non paiement du vendeur. Le législateur a pensé, en 1909, qu'il devait préférer celui qui a fourni le

moyen de l'exploitation en apportant le fonds lui-même à celui qui, par une avance numéraire ou un apport de marchandises, n'a fait que seconder son exploitation.

Le deuxième paragraphe de l'article 11 déclare applicable aux nantissements de fonds de commerce, en cas de faillite ou de liquidation judiciaire, les articles 446, 447 et 448 du Code de commerce. De plus, en ce qui concerne l'acceptation bénéficiaire de la succession du débiteur, il faut suivre la règle de l'article 2146 § 2 du Code civil, d'après laquelle il ne peut plus être pris d'inscription en cas de décès du débiteur suivi d'acceptation bénéficiaire de sa succession.

Or, l'article 2 § 1^{er} de la loi de 1909, déroge à cette prescription pour le privilège du vendeur de fonds de commerce, qui peut être inscrit malgré le décès de l'acquéreur survenu dans les quinze jours de l'acte de vente et l'acceptation bénéficiaire de sa succession.

Procédure de saisie des fonds de commerce

La loi de 1909 a organisé, pour la saisie des fonds de commerce, une procédure qui se rapproche singulièrement, dans ses lignes générales, de la procédure

de saisie immobilière. Insistons quelque peu sur cet aspect de l'immobilisation.

Le créancier nanti peut d'abord intervenir pour faire valoir ses droits en cas de vente du fonds de commerce à la requête d'un créancier ordinaire ou du débiteur lui-même. Le créancier gagiste a intérêt à ce que le fonds soit vendu en bloc, car si l'on faisait vendre seulement les marchandises ou une partie du matériel, le reste du fonds perdrait toute sa valeur, tous les éléments nécessaires à son fonctionnement devant demeurer réunis pour que l'exploitation soit possible. Aussi, lorsque ni le créancier chirographaire poursuivant, ni le débiteur ne demandent la vente totale, le débiteur doit notifier au créancier nanti l'intention qu'il a de mettre en vente séparément un ou plusieurs éléments du fonds. Le créancier nanti pourra lui-même provoquer la vente en bloc de ce fonds (art. 20).

Quand la vente a lieu *in globo*, il y est procédé conformément aux dispositions de l'article 17. Les mesures de publicité prescrites par ce texte et l'exigence d'une mise aux enchères régulière et publique permettent d'arriver à une vente avantageuse du fonds. « Le poursuivant, dit l'article 17 § 1, fait sommation au propriétaire du fonds et aux créanciers inscrits antérieurement à la décision qui a ordonné la vente au domicile élu par eux dans leurs inscriptions, quinze jours au moins avant la vente, de prendre communi-

cation du cahier des charges, de fournir leurs dires et observations, et d'assister à l'adjudication si bon leur semble. » Les créanciers ainsi avertis peuvent donc se rendre compte si les conditions prévues pour l'adjudication ne sont pas de nature à léser leurs intérêts, et ils prennent leurs dispositions pour que le fonds ne soit pas adjugé à un prix inférieur à sa valeur. Dans les alinéas suivants, l'article 17 prescrit une publicité (affiches, insertion dans un journal d'annonces légales) qui permet aux acquéreurs éventuels d'être renseignés à l'avance. Ainsi l'adjudication a toutes chances de réussite. L'article 19 prévoit même le cas de revente sur folle enchère, faute par l'adjudication d'exécuter les clauses de l'adjudication. La vente a lieu dans les mêmes formes que la première et, de même qu'en matière de vente judiciaire d'immeubles, le fol enchérisseur est tenu envers les créanciers et le vendeur lui-même de la différence entre son prix et le prix de la revente sur folle enchère sans pouvoir réclamer l'excédent s'il y a lieu.

Mais le créancier privilégié peut prendre les devants et poursuivre lui-même la réalisation de son gage. Il devra toujours s'adresser au tribunal qui ordonnera la vente publique. L'article 8, dans son paragraphe 2, dit expressément que le nantissement d'un fonds de commerce ne donne pas au créancier gagiste le droit de se faire attribuer le fonds en paiement et jusqu'à due concurrence. C'est que la valeur d'un fonds de

commerce, comme celle d'un immeuble, peut être considérable et son attribution au créancier gagiste, après expertise, ne présenterait pas pour les divers intérêts en cause autant de garanties que la vente aux enchères publiques. Il faut songer aussi que le fonds de commerce est une valeur complexe à laquelle ne sauraient s'appliquer les règles simplifiées édictées pour la vente des objets mobiliers.

Le créancier nanti poursuivant devra diriger la procédure contre son débiteur et le tiers détenteur. A tous les deux il devra faire sommation de payer le montant de sa créance. Le débiteur peut, en effet, avoir des exceptions à opposer, et, s'il n'était pas mis en cause, il pourrait frapper de tierce opposition le jugement à intervenir. Le tribunal de commerce statuera conformément à l'article 15 (§ 5, 6, 7 et 8). Il nommera, s'il y a lieu, un administrateur provisoire, car il est toujours utile et parfois indispensable que le commerce continue. Le tribunal fixe les mises à prix et détermine les conditions principales de la vente ; il commet, pour y procéder, l'officier public qui dresse le cahier des charges.

Une mise à prix spéciale sera indiquée pour les marchandises, une autre pour le matériel ; ou bien le cahier des charges obligera l'adjudication à les prendre à dire d'experts. L'article 20 § 3 ajoute qu'il y aura lieu à ventilation du prix pour les éléments du fonds non grevés de privilèges inscrits. Cette

ventilation s'applique à la valeur des éléments accessoires (brevets, marques de fabrique, etc.) qui ne seraient par compris dans le nantissement. Avant la loi de 1909, en cas de vente amiable du fonds, le tiers acquéreur n'avait aucun moyen de se protéger contre la poursuite des créanciers inscrits. Une procédure de purge était réclamée. La nouvelle législation l'a organisée et elle a en même temps permis au créancier de requérir la mise aux enchères publiques si le prix de vente amiable ne lui paraît pas suffisant. La première obligation de l'acquéreur est de faire connaître son acquisition aux créanciers inscrits. L'article 22 indique les formes de cette notification et le délai dans lequel elle doit être faite.

Les formes de la procédure sont analogues à celles de la purge des hypothèques.

Art. 22 § 2. — Lorsque la vente du fonds n'a pas lieu aux enchères publiques, l'acquéreur qui veut se garantir des poursuites des créanciers inscrits, est tenu, à peine de déchéance, avant la poursuite ou dans la quinzaine de la sommation de payer à lui faite, de notifier à tous les créanciers inscrits, au domicile élu par eux dans leurs inscriptions :

1° Les noms, prénoms et domicile du vendeur, la désignation précise du fonds, le prix non compris le matériel et les marchandises, ou l'évaluation du fonds en cas de transmission à titre gratuit, par voie d'échange ou de reprise,

sans fixation de prix en vertu de convention de mariage, les charges, les frais et loyaux coûts exposés par l'acquéreur ;

2° Un tableau sur trois colonnes contenant : la première, la date des ventes ou nantissements antérieurs et des inscriptions prises ; la seconde, les noms et domicile des créanciers inscrits ; la troisième, le montant des créances inscrites, avec déclaration qu'il est prêt à les acquitter sur-le-champ, les dettes inscrites jusqu'à concurrence de son prix, sans distinction des dettes exigibles et non exigibles. La notification contiendra l'élection de domicile dans le ressort du tribunal de commerce de la situation du fonds.

La notification est imposée à l'acquéreur toutes les fois qu'il y a eu vente amiable, et même si la vente a eu lieu par adjudication publique en dehors des formes légales nécessaires pour que tous les créanciers aient pu faire valoir leurs droits sur le fonds. L'acquéreur peut, soit prendre l'initiative et faire sa notification avant toute poursuite, soit attendre la sommation de payer des créanciers ; dans ce dernier cas, il a quinze jours à partir de cette sommation pour faire la notification prescrite.

Quant au créancier, il peut soit accepter les offres de l'acquéreur si le prix suffit pour payer la dette ou s'il paraît qu'une adjudication n'aurait pas chance d'aboutir à un résultat plus avantageux, soit requérir la vente aux enchères publiques, en formant une surenchère (art. 23 § 1).

La surenchère est du dixième du prix principal. Le créancier surenchérisseur devra présenter une solvabilité suffisante pour pouvoir répondre de son engagement ; car, s'il reste acquéreur, il importe qu'il puisse payer.

La réquisition du créancier surenchérisseur doit être signifiée aux parties intéressées, c'est-à-dire à l'acquéreur et au débiteur précédent propriétaire. Cette signification devra, sous peine de déchéance, être faite dans la quinzaine des notifications. En même temps le surenchérisseur assignera devant le tribunal de commerce pour faire valider sa surenchère et faire ordonner la vente.

L'acquéreur, comme en matière de surenchère en matière immobilière, devra rembourser à l'acquéreur dépossédé ses frais et loyaux coûts de son contrat, ainsi que ceux faits par lui pour parvenir à la revente (art. 23 § 8).

La loi a prévu une autre surenchère, celle du sixième, qui pourra être portée par les créanciers inscrits ou les créanciers ordinaires qui ne trouveraient pas le prix suffisant en cas de vente amiable (art. 5).

Les créanciers inscrits sur le fonds ont donc à leur disposition deux surenchères ; mais ils se serviront surtout de la première, moins onéreuse, et entourée de moins de formalités.

Inscription du nantissement

La loi de 1909 (art. 10) indique les conditions de forme nécessaires pour la constatation du nantissement du fonds de commerce et pour l'établissement du privilège qui en résulte. Les articles 11 § 1 et 24 et suivants règlent les détails relatifs à la prise de l'inscription et à la conservation de ses effets.

Fallait-il d'abord exiger un acte écrit et enregistré, conformément à l'article 2074 du Code civil? Dans le silence de la loi de 1898 à cet égard, on suivait, soit les règles du droit civil, soit celles du droit commercial suivant la nature de la créance garantie. L'acte écrit et enregistré était exigé en matière civile, mais il n'était pas nécessaire pour le gage commercial (art. 91 du Code de commerce), la preuve du contrat pouvant être alors faite par tous les moyens admis par l'article 109 du même Code.

L'article 10 § 1^{er} de la loi de 1909 exige l'acte écrit et enregistré : « Le contrat de nantissement est constaté par un acte authentique ou par un acte sous-seing privé dûment enregistré. »

L'acte écrit était nécessaire à un double point de vue. Il fallait prévenir toute contestation sur l'étendue du privilège du vendeur. D'autre part, il fallait

faciliter et régulariser l'inscription au greffe dont nous allons décrire plus loin les détails.

Il n'a pas paru nécessaire de recourir, comme en matière d'hypothèque, à un acte authentique. Dans le commerce, les marchés sont constatés par un simple échange d'engagements et l'intervention d'un notaire est rare.

Le nantissement est régulièrement constitué au moyen de l'acte écrit enregistré. Mais comment s'établit le privilège au profit du créancier nanti ? L'article 10 règle cette question :

Paragraphe 2. — Le privilège résultant du contrat de nantissement s'établit par le seul fait de l'inscription sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité.

Paragraphe 3. — La même formalité devra être remplie au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel est située chacune des succursales du fonds comprise dans le nantissement.

Le privilège au profit du créancier nanti se trouve donc établi par l'inscription au greffe du tribunal de commerce. Cette publicité est nécessaire et suffisante. La loi répète ici spécialement ce qui a été dit dans l'article 8 : « Le nantissement s'établit sans autres conditions et formalités que celles prescrites par la présente loi. » Et l'article 10 confirme ce point fon-

damental en déclarant que le privilège résultant du nantissement s'établit par le seul fait de l'inscription.

Désormais la question est définitivement tranchée et les controverses nées sur ce point après la loi de 1898 n'ont pas leur raison d'être.

Abordons maintenant les détails de l'inscription que nous avons ici spécialement en vue. Comment s'opère la formalité de l'inscription ? L'article 24 nous répond : « Le vendeur du créancier gagiste, pour inscrire leur privilège, représentent, soit par eux-mêmes, soit par un tiers, au greffier du tribunal de commerce, l'un des originaux de l'acte de vente ou du titre constitutif du nantissement, s'il est sous signature privée, ou une expédition s'il existe en minute. L'acte de vente ou de nantissement sous signature privée reste déposé au greffe. » Suivons le parallélisme entre l'inscription en notre matière et l'inscription en matière hypothécaire.

D'abord c'est à la réquisition du créancier gagiste que l'inscription doit être prise, soit par lui-même, soit par l'intermédiaire d'un tiers. Celui qui requiert l'inscription représente au greffe l'un des originaux de l'acte s'il est sous-seing privé, ou une expédition s'il est authentique. Ce n'est que dans le cas où il s'agit d'un acte sous signature privée que l'original représenté reste déposé au greffe. L'expédition de l'acte authentique est rendue au requérant ; « il y est joint, dit la loi, deux bordereaux écrits sur papier

libre, l'un deux peut être porté sur l'original ou sur l'expédition du titre. » C'est exactement la même formalité que celle requise pour l'inscription hypothécaire. L'obligation de déposer les bordereaux en double se justifie d'ailleurs par des motifs identiques. L'un des bordereaux demeure aux mains du greffier afin que, en cas de contestation sur la validité de l'inscription, il soit en mesure de prouver que son registre est conforme au bordereau. L'autre est rendu au requérant afin que, le cas échéant, ce dernier puisse démontrer que l'irrégularité de l'inscription provient d'une faute du greffier.

Voyons maintenant quelles énonciations doivent contenir les bordereaux ?

« Ils contiennent :

» 1^o Les noms, prénoms et domicile du vendeur et de l'acquéreur ou du créancier et du débiteur, ainsi que du propriétaire du fonds si c'est un tiers, leur profession s'ils en ont une. »

Les indications relatives au créancier et au débiteur doivent être considérées comme substantielles, et la nullité de l'inscription peut, en cas d'inexactitude, être prononcée si elle a eu pour conséquence d'induire les tiers en erreur sur la personnalité du débiteur (1).

1. Par analogie avec la matière hypothécaire, voir Cassation, 16 novembre 1898. Dalloz, 1904. 1. 427.

L'indication du propriétaire du fonds s'explique, en cas de nantissement, lorsque le fonds n'appartient au débiteur lui-même. Il peut, en effet, arriver que ce dernier ne soit qu'usufruitier, ou bien encore, que le fonds ait été donné par son propriétaire en garantie d'une dette contractée par un tiers. Il ne nous semble pas, du reste, que la désignation du propriétaire du fonds constitue une formalité substantielle car l'absence de désignation ne porte pas préjudice aux intérêts des tiers si ceux-ci connaissent exactement le fonds donné en gage.

En outre, les bordereaux doivent contenir :

» La date et la nature du titre...

» Le montant de la créance exprimée dans le titre, les conditions relatives aux intérêts et à l'exigibilité de la créance, la désignation du fonds de commerce et de ses succursales, s'il y a lieu, avec l'indication précise des éléments qui les constituent et sont compris dans la vente ou le nantissement, la nature de leurs opérations et leur siège, sans préjudice de tous autres renseignements propres à les faire connaître ; si la vente ou le nantissement s'étend à d'autres éléments du fonds de commerce que l'enseigne le droit au bail et la clientèle, ces éléments doivent être nommément désignés » (art. 24)

La nature du titre doit, croyons-nous, s'entendre, non seulement de la forme de l'acte sous seing privé ou notarié, mais encore de la cause de la créance.

Ces indications sont moins substantielles que celles du montant de la créance exprimée dans le titre. Il est absolument nécessaire que les tiers connaissent d'une manière précise l'étendue des charges qui grèvent le fonds.

Par suite, l'omission du montant de la créance ou l'inexactitude dans la déclaration de ce montant devrait entraîner la nullité de l'inscription. Nous adopterons la même solution en ce qui concerne les conditions d'exigibilité de la créance. Le crédit d'un commerçant ne peut être apprécié si l'on ignore l'époque à laquelle on se trouve exposé à voir poursuivre la réalisation du fonds. A peine de nullité de l'inscription il faudra donc indiquer les conditions relatives à l'exigibilité de la créance (1).

L'importance de la désignation du fonds des succursales et des éléments compris dans le nantissement ne saurait être niée ; car l'article 9 dans son paragraphe 3 prévoit le cas où les parties ne se sont pas expliquées sur la portée du gage, et il dispose qu'à défaut de signification expresse et précise dans l'acte qui le constitue, le nantissement ne comprend que l'enseigne et le nom commercial le droit au bail, la clientèle et l'achalandage.

Il est, par conséquent, indispensable de préciser

1. Voir pour l'hypothèque, Cass., 30 juin 1863 et 15 juillet 1864.

exactement dans l'inscription la portée du nantissement.

Les bordereaux doivent encore contenir élection de domicile par le créancier gagiste dans le ressort du tribunal de la situation du fonds. C'est à ce domicile élu que devront être faites les notifications prévues par la loi dans diverses circonstances (1).

Enfin l'article 24 § 5 prévoit une inscription spéciale, à l'office national de la propriété industrielle, pour les brevets et autres éléments accessoires du fonds de commerce.

Telles sont les énonciations qui doivent être comprises dans les bordereaux d'inscription au greffe du tribunal de commerce. On peut dire que le législateur n'a fait qu'une application à la matière du nantissement des fonds de commerce, de l'article 2148 du Code civil édicté en matière d'inscription hypothécaire. Ce dernier texte exige l'indication des noms, prénoms et domicile du créancier et du débiteur, de la date et de la nature du titre, du montant des créances et de l'époque de l'exigibilité. De même, l'article 2148 requiert une élection de domicile par le créancier hypothécaire.

1. Dans le rapport supplémentaire de M. Cordelet, il est dit, qu'au cas de changement du domicile élu, on doit étendre aux inscriptions concernant le fonds de commerce la décision ministérielle du 28 pluviôse an IX, qui prévoit la mention de ce changement, par le greffier, en marge de l'inscription, sur déclaration signée par le créancier ou reçue par le notaire.

L'analogie complète entre l'inscription hypothécaire et l'inscription du privilège résultant du nantissement d'un fonds de commerce peut être suivie sur d'autres points. L'article 2150 du Code civil décide que le conservateur fait mention, sur un registre, du contenu aux bordereaux et remet au requérant, tant le titre ou l'expédition du titre, que l'un des bordereaux, au pied duquel il certifie avoir fait l'inscription. C'est de la même façon que s'opère, aux termes de l'article 25 de la loi de 1909, l'inscription par le greffier. Celui-ci doit copier sur son registre le contenu des bordereaux qui lui sont présentés ; puis il remet au requérant l'expédition du titre, ainsi que l'un des bordereaux au pied duquel il certifie avoir pris l'inscription. Il conserve l'autre bordereau, de même que l'original du titre s'il est sous seing privé.

De même qu'en matière hypothécaire (art. 2157 C. civ.). Les inscriptions peuvent être l'objet d'une radiation volontaire ou judiciaire, c'est-à-dire que les inscriptions sont rayées, soit du consentement des parties intéressées et ayant capacité à cet égard, soit en vertu d'un jugement passé en force de chose jugée (art. 27, loi de 1909). L'article 2158 du Code civil veut que ceux qui requièrent la radiation déposent au bureau du conservateur l'expédition de l'acte authentique portant consentement. De même l'article 30 de la loi de 1909 décide qu'à défaut de jugement « la radiation totale ou partielle

ne peut être opérée par le greffier que sur le dépôt d'un acte authentique de consentement à la radiation donné par le créancier ou son cessionnaire régulièrement subrogé et justifiant de ses droits ».

Si le bénéficiaire du privilège ne peut ou ne veut consentir à la mainlevée de l'inscription, il sera nécessaire de faire ordonner la radiation par justice. Le législateur de 1909 a ici visé les cas prévus en matière hypothécaire par l'article 2160 du Code civil. Les dispositions de ce texte doivent être, par analogie, appliquées en notre matière (1). Le requérant devra alors produire une expédition du jugement et justifier par un certificat de non opposition ni appel, que ce jugement est définitif et passé en force de chose jugée.

D'autre part, l'article 31 § 2 et les articles suivants de la loi de 1909 contiennent des dispositions relatives à la publicité des registres du greffe concernant l'état des fonds de commerce et les charges qui peuvent les grever. Là encore le législateur s'est inspiré des dispositions analogues existant en matière hypothécaire. Les registres du greffe sont publics en ce sens que toute personne peut se faire délivrer

1. L'article 2160 du Code civil s'exprime ainsi : « La radiation doit être ordonnée par les tribunaux lorsque l'inscription a été faite sans être fondée ni sur la loi, ni sur un titre, ou lorsqu'elle l'a été en vertu d'un titre soit irrégulier, soit éteint ou soldé, ou lorsque les droits de privilège ou d'hypothèque sont effacés par les voies légales. »

un état des inscriptions grevant un fonds de commerce. Mais ce n'est plus comme en matière hypothécaire sur une personne, mais sur un fonds déterminé que la délivrance de l'état peut être demandée (1). De plus, la réquisition peut être sommaire ; l'état délivré par le greffier dira simplement : le fonds est grevé, ou il est libre de toutes inscriptions, sans plus amples détails ; cette réquisition sommaire, qui n'existe pas pour les hypothèques, a été heureusement par le législateur de 1909 afin de permettre aux fournisseurs de se renseigner suffisamment sans avoir à se faire délivrer un état dont le coût peut être assez élevé.

Mais la ressemblance du régime institué par la loi de 1909 avec le système hypothécaire se remarque en ce qui concerne les obligations et la responsabilité des greffiers. La loi prescrit à ceux-ci de n'apporter aucun retard à l'accomplissement du travail imposé par les réquisitions qui leur sont adressées. Les greffiers sont déclarés responsables du préjudice pouvant résulter de leur négligence ou de leur faute, de la même façon et dans les hypothèses analogues

1. Par là la loi semble se rapprocher beaucoup de la théorie qui voit dans le fonds un patrimoine indépendant de celui du commerçant ; la personnalité du commerçant n'est plus prise en considération, ce n'est pas sur lui que l'on demande un état des inscriptions. Si le fonds est connu sous une dénomination spéciale, l'indication du nom du propriétaire ne sera pas nécessaire dans la réquisition.

à celles indiquées par les articles 2197 et 2199 pour les conservateurs des hypothèques. Le premier paragraphe de l'article 73 est, en effet, emprunté à l'article 2199, et le second à l'article 2197 du Code civil. Mais la loi de 1909 n'ayant pas étendu aux greffiers les amendes que peuvent encourir les conservateurs des hypothèques, les articles 2202 et 2203 qui les prévoient ne seront plus applicables à notre matière.

En définitive, on le voit, la loi nouvelle, ayant eu à se prononcer sur la formalité de l'inscription, sur les conditions de la radiation de celle-ci, sur la délivrance d'états au public, a d'une manière générale pris pour guide les règles établies en matière d'hypothèques immobilières, et que la législation de l'hypothèque maritime avait déjà suivies en 1874 et en 1885.

Une seule particularité notable est à signaler, c'est la durée de l'inscription, qui est fixée par la loi à cinq années, sauf renouvellement avant l'expiration de ce délai (art. 28).

Absence de publicité de la vente du fonds

A la différence de la vente d'un immeuble, la vente d'un fonds de commerce n'est pas rendue publique par la transcription.

Il n'existe même dans la loi française aucune

publicité permanente, destinée à avertir les tiers soit de la fondation, soit de la transmission d'un fonds de commerce.

On sait qu'en Allemagne, au contraire, la cession du fonds doit être inscrite sur le registre du commerce tenu au greffe du tribunal ; l'acheteur doit y mentionner *sa firme*, c'est-à-dire le nom sous lequel il exploitera l'établissement. Quand l'établissement est fermé, il est complètement rayé de l'article du registre où il figurait. On réclame depuis longtemps, en France, l'institution du registre de commerce (1). On ne l'a pas encore obtenue.

Cependant un certain progrès a été réalisé dans le sens de la publicité. L'absence de toute publicité de la vente d'un fonds de commerce faisait courir aux créanciers de ce fonds, lequel formant la plupart du temps, la totalité de leur gage, un très sérieux péril. La vente étant occulte, dès que l'acheteur avait payé son prix, les créanciers ne pouvaient plus se faire rembourser. Ils ne le pouvaient du moins que lorsqu'ils se trouvaient en présence d'une nullité de la vente à cause de la faillite, ou d'une complicité de fraude chez l'acheteur qui leur permettait d'exercer l'action paulienne.

Aussi, un usage s'était-il établi pour remédier à

1. *Société de législation comparée*, Bulletin 1902, p. 92 et 135.
— Bourgoing, *Le Registre du commerce*, thèse de Paris, 1903.

ce grave inconvénient ; la vente pour être valable au regard des créanciers, devait être insérée dans un journal d'annonces, nous avons exposé précédemment les détails de cette coutume. M. Thaller (1) a justement fait remarquer que cette manière de faire tendait à faire considérer les créanciers du fonds de commerce comme investis d'un véritable privilège sur ce fonds, bien qu'ils vinssent tous au marc le franc les uns par rapport aux autres. Ce privilège leur donnait un droit de suite susceptible de se purger par une notification de l'acheteur. Et il est à noter que l'article 196 du Code de commerce institue, en matière maritime, une règle analogue pour le navire.

La loi de 1909 est venue consacrer cet usage et créer un système d'avertissement destiné à informer les créanciers de l'aliénateur de la transmission du fonds de commerce. Aux termes de la loi nouvelle, toute vente de fonds de commerce, consentie même sous la forme d'un autre contrat, doit être, dans les quinze jours de sa date, rendue publique dans un journal d'annonces légales du ressort du tribunal où se trouve le fonds. La publication doit être renouvelée du huitième au quinzième jour après la première insertion. Dans le délai de dix jours après la seconde insertion, les créanciers du précédent pro-

1. Thaller, *Traité de droit commercial*, 1910, n° 90.

priétaire peuvent former opposition au paiement du prix. Cette opposition doit être formée au domicile élu dans l'inscription, par acte extra-judiciaire, et elle doit contenir l'énonciation du montant et de la cause de la créance (art. 3).

On conçoit tout ce que ce système présente d'empirique et d'incomplet; il oblige les créanciers à lire régulièrement les journaux d'annonces légales. Il peut se faire que les publications dont il s'agit leur échappent.

Cette publicité occasionnelle ne saurait suffire aux besoins de la pratique et d'une véritable sécurité pour les créanciers d'un fonds de commerce. Il importerait que tous les renseignements relatifs à la cession du fonds de commerce fussent centralisés, de même que les aliénations d'immeubles se trouvent au bureau de la conservation des hypothèques. Le registre du commerce, tenu au greffe du tribunal, est la meilleure solution du problème.

Lacunes dans la procédure de distribution

Enfin, il y aurait lieu de calquer sur la procédure d'ordre, après vente d'un immeuble, la procédure de distribution après vente d'un fonds de commerce.

Lorsque plusieurs créanciers gagistes sont inscrits sur le fonds, le rang est déterminé entre eux par la

date de leurs inscriptions. Les créanciers inscrits le même jour viennent par concurrence (art. 12). C'est l'extension au nantissement des dispositions du Code civil en matière d'hypothèque (art. 2134 et 2147 du C. civ.). On devra de même appliquer les règles générales relatives au rang des créanciers gagistes, aux mentions d'antériorité ou de subrogation, comme aux inscriptions elles-mêmes. Mais, en outre des créanciers nantis, il peut y avoir d'autres créanciers du propriétaire du fonds. C'est le vendeur du fonds, à qui est dû tout ou partie du prix de sa vente et qui a pris les précautions nécessaires pour sauvegarder son privilège; c'est le propriétaire de l'immeuble où le commerce est exploité à qui il est dû des loyers; ce sont des créanciers chirographaires, c'est enfin un créancier bénéficiant d'une inscription hypothécaire sur l'immeuble où le commerce est exploité.

Nous savons déjà que le vendeur non payé prime le créancier nanti, si les formalités qui lui sont prescrites par la loi ont été remplies pour conserver ses droits.

En ce qui concerne le bailleur, il primera le créancier nanti si le bail est antérieur au nantissement. Mais que décider si le bail est postérieur?

La priorité doit, à notre avis, rester au propriétaire s'il y a eu renouvellement du bail par tacite reconduction ou par prorogation. Mais s'il y a un

nouveau bail, le propriétaire doit être logiquement primé par le créancier nanti dont le droit est antérieur au sien. En effet, le propriétaire peut, avant de consentir ce nouveau bail, s'assurer que son locataire n'a pas grevé son fonds d'un nantissement.

Quant au conflit du créancier nanti avec un créancier ayant inscription hypothécaire sur l'immeuble, nous croyons que l'on doit s'en tenir, pour décider du rang, à la date des deux inscriptions.

Mais il n'a pas été édicté de règles de procédure relatives à la distribution du prix de vente d'un fonds de commerce. Il serait opportun qu'on assimilât encore ici le fonds de commerce à un immeuble, et qu'on organisât une procédure analogue à l'ordre amiable (art. 751 du C. de proc. civ.) et à l'ordre judiciaire (art. 752 à 770 du C. de proc. civ.), et qu'un juge dirigeât les opérations de cette procédure.

Actuellement, il y a qu'un texte relatif à la distribution du prix de vente du fonds. C'est l'article 15 § 8 qui vise seulement le cas où il n'y a qu'un créancier inscrit ; ce texte permet au tribunal d'autoriser ce créancier à toucher directement et sur sa simple quittance, soit de l'adjudicataire, soit de l'officier public, vendeur selon les cas, en déduction ou jusqu'à concurrence de sa créance, en principal, intérêts et frais.

CHAPITRE III

AVANTAGES ET EFFETS DE L'IMMOBILISATION

Nous avons indiqué dans quelle mesure les lois relatives au nantissement des fonds de commerce ont réalisé l'immobilisation de ces fonds.

Nous croyons qu'il conviendrait de poursuivre jusqu'au bout, l'assimilation des immeubles et des fonds de commerce. L'opportunité de cette assimilation sera démontrée par l'examen des effets et des avantages de l'immobilisation que nous préconisons.

Afin de mettre en lumière ces avantages incontestables, nous envisagerons successivement deux hypothèses :

1° Celle où le fonds de commerce et l'immeuble appartiennent au même propriétaire.

2° Celle où l'immeuble et le fonds de commerce appartiennent à des propriétaires différents.

SECTION PREMIÈRE

L'IMMEUBLE ET LE FONDS APPARTIENNENT AU MÊME PROPRIÉTAIRE

Un avantage immédiat et considérable de l'immobilisation apparaît tout de suite dans la présente hypothèse. C'est l'accroissement du crédit hypothécaire du commerçant. Il n'y aurait pas lieu ainsi que cela se fait encore aujourd'hui, d'isoler les deux valeurs respectives du fonds de commerce et de l'immeuble. En fait, ces valeurs sont étroitement solidaires. Cela ne fait pas de doute pour les grands magasins tels que le Bon Marché, le Louvre, la Belle Jardinière, le Printemps, etc. L'immeuble a une destination si spéciale qu'il est impossible de l'isoler du fonds de commerce. Pourquoi donc séparer ces deux valeurs et soumettre le crédit du commerçant pour chacune d'elles à des régimes différents ?

Pourquoi admettre un système de crédit mobilier pour le fonds (hypothèque mobilière), un système de crédit immobilier pour l'immeuble, alors qu'en réalité l'un et l'autre, ne sont que les deux aspects d'une même richesse commerciale et que le fonds de commerce jouit de la même fixité de situation que l'immeuble lui-même ? Que le fonds soit immobilier

et le crédit du commerçant sera doublé parce qu'il sera tout entier un crédit hypothécaire immobilier.

Ajoutons que cette solution aurait pour effet une appréciable économie de frais par suite de l'emploi d'une seule procédure d'exécution.

Dans le même cas où le fonds de commerce et l'immeuble appartiennent au même propriétaire, l'immobilisation supprimerait une difficulté qui se présente aujourd'hui dans les circonstances suivantes : Un créancier hypothécaire peut se présenter pour prendre part au partage du prix de vente du fonds. Au premier abord, il semble que cela ne soit pas possible, puisque le fonds est considéré comme une valeur mobilière non susceptible d'hypothèque. Mais, si l'on réfléchit un peu, on ne tarde pas à s'apercevoir de la possibilité de cette situation.

En effet, le matériel peut être considéré comme immobilisé par destination en vertu des articles 524 et 525 du Code civil. Le matériel est l'ensemble des ustensiles, machines, outils, mobilier spécial nécessaire à l'exploitation du fonds de commerce. C'est un élément attaché à demeure à l'exploitation. Quelle est la nature juridique du matériel ? Celui-ci est de nature mobilière lorsque les objets qui le composent sont certainement mobilier. Mais, il arrive que le fonds est exploité par un commerçant, un industriel qui, propriétaire d'une usine ou d'un immeuble, y a installé des machines, un outillage spécial nécessaire

au fonctionnement de son commerce ou de son industrie. Le matériel sera-t-il encore, dans cette hypothèse de nature mobilière ? D'après les articles 524 et 525 du Code civil, les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines sont immeubles par destination, soit que cette immobilisation résulte de l'incorporation matérielle aux bâtiments (article 524 *in fine* et 525) (1), soit encore qu'elle provienne de la seule destination de ce matériel (art 524, § 1). Dans ce cas, on doit décider que l'immobilisation frappe tout ce que renferme les bâtiments et ce qui sert à l'exploitation du fonds le matériel de transport aussi bien que le menu outillage (2).

Cela étant, supposons qu'un commerçant soit propriétaire du local dans lequel il exploite son fonds de commerce et qui comprend un matériel immobilisé par destination. Ce commerçant emprunte sur son fonds de commerce qu'il donne en nantissement : il comprend dans le gage son matériel. Peu après, ce même commerçant a encore besoin de fonds et il consent une hypothèque sur l'immeuble où il exploite son commerce ; l'acte notarié stipule expres-

1. C'est le cas de certaines machines fixes, établies sur des massifs de maçonneries, de certains appareils spéciaux attachés au sol ou au mur.

2. C'est ce principe qui fait réputer immeubles par destination les chevaux travaillant dans les mines (article 8 de la loi du 21 avril 1810).

sément que l'hypothèque porte à la fois sur le local et sur le matériel immobilisé.

Notre commerçant vient à tomber en faillite ou bien son fonds est vendu suivant l'une des formes prescrites par la loi de 1909. Lors de la répartition du prix les deux créanciers prétendent chacun toucher la valeur du matériel et de l'outillage. Le créancier nanti soutient que le matériel lui a été formellement donné en gage. Le créancier hypothécaire prétend que le commerçant ne pouvait constituer un nantissement sur des valeurs immobilières et que son hypothèque frappe les machines et l'outillage qui étaient immeubles par destination. Qui des deux devra l'emporter ?

Une décision du tribunal de Dijon, du 30 mars 1908, tranchait la question en faveur du créancier hypothécaire en se basant sur des considérations suivantes (1) :

La loi de 1898 est spécial au nantissement des fonds de commerce. En particulier elle n'a rien innové en matière de droit hypothécaire : elle n'a pas dit que le nantissement d'objets immobiliers viendrait en concurrence avec les créances hypothécaires régulièrement inscrites et même par préférence à ces dernières. Dès lors le nantissement d'un fonds de commerce comprenant des immeubles par nature

1. Dijon, 30 mars 1908. — Dalloz 1909, 2, 152 et la note de M. Percerou.

et par destination n'est opposable aux créanciers hypothécaires inscrits fût-ce même à une date postérieure sur ledit immeuble que s'il est établi, par un contrat d'antichrèse régulièrement transcrit dans les formes de la loi du 23 mars 1855.

Cette décision était antérieure à la loi de 1909.

La loi nouvelle n'a pas tranché la question. Mais, il ne paraît pas qu'elle soit, dans son ensemble, de nature à modifier le bien fondé des considérants du jugement dont il s'agit. Le gage, en effet, ne peut porter que sur des objets mobiliers et si le matériel est devenu immeuble par destination, il devra rester la garantie du créancier hypothécaire. Aux termes de l'article 9 de la loi de 1909 « sont seuls susceptibles d'être compris dans le nantissement soumis aux dispositions de la présente loi comme faisant partie d'un fonds de commerce, l'enseigne et le nom commercial, le matériel et l'achalandage, le mobilier commercial, le matériel ou l'outillage servant à l'exploitation du fonds, etc. » Le matériel n'est donc, en réalité, un meuble et comme tel susceptible de nantissement, que s'il lui sert à l'exploitation du fonds de commerce et s'il lui emprunte sa nature mobilière ; mais si, au contraire, le matériel sert à l'exploitation de l'immeuble il devient lui-même immeuble par destination et il n'est susceptible que d'hypothèque, non de nantissement.

Or, telle était bien l'espèce soumise, à la Cour de Dijon ; il s'agissait de machines-outils immobilisées par destination dans un atelier de menuiserie.

On le voit, toutes les fois qu'un pareil conflit viendra à se présenter, sa solution dépendra de la question de savoir si le matériel sert plutôt à l'exploitation du fonds de commerce qu'à celle de l'immeuble. Or, cette question, souvent incertaine, est abandonnée à l'arbitraire du juge.

La difficulté que nous venons d'examiner ne se présenterait pas si le fonds était légalement immeuble et comme tel susceptible d'hypothèque. Alors, en effet, il serait inutile de se demander si le matériel fait partie du fonds de commerce ou se rattache plutôt à l'immeuble. Dans tous les cas, la priorité serait attribué au premier inscrit.

SECTION II

L'IMMEUBLE ET LE FONDS DE COMMERCE APPARTIENNENT A DES PROPRIÉTAIRES DIFFÉRENTS

Les avantages de l'immobilisation n'apparaissent pas moins remarquables dans l'hypothèse où le fonds de commerce et le local dans lequel il est exploité sont tous deux la propriété d'un même individu.

On a souvent remarqué l'insuffisance de la garantie

hypothécaire de la femme en présence des droits très étendus que le mari possède sur sa fortune. On peut dire que la loi n'a rempli que la moitié de sa tâche de protection de l'épouse, car la garantie qui est donnée à celle-ci suppose que le mari a des immeubles, s'il n'en a pas, la femme se trouve désarmée puisqu'elle n'a pas de privilège sur les meubles pour compléter sa sûreté. En somme, l'existence d'une garantie pour la femme est subordonnée à la composition de la fortune du mari ; une semblable singularité n'existait pas dans le droit romain, alors que l'hypothèque portait sur les meubles aussi bien que sur les immeubles. La disparition de l'hypothèque mobilière a engendré la situation inconséquente dont il s'agit.

Cette situation préjudicie tout particulièrement à la femme du commerçant. Le fonds de commerce est souvent, pour le négociant, l'élément principal ou même unique de son patrimoine. Or, ce fonds, ayant un caractère mobilier, ne peut être frappé par l'hypothèque légale de la femme. La protection de cette dernière devient alors illusoire : elle est créancière de son mari en raison de ses reprises en valeurs de ses apports et de ses deniers échus à titre gratuit, en raison du remboursement du prix de ses propres aliénés ou encore de l'indemnité qui lui est due pour les engagements qu'elle a contractés avec le mari, ou pour lui. Sans doute, en cas de faillite

du mari, l'hypothèque légale de l'épouse reçoit des restrictions. D'une part, elle ne frappe que les immeubles appartenant au mari à l'époque de la célébration du mariage et ceux qui lui sont advenus à titre gratuit au cours du mariage (art. 563, al. 1^{er}, C. com.). D'autre part, l'article 564 du Code de commerce ne fait pas garantir par l'hypothèque, en cas de faillite, les avantages résultant du contrat de mariage. Mais l'efficacité de l'hypothèque légale subsiste pour le reste. Or, elle n'est, entre les mains de la femme, qu'une arme inutile, si la fortune du mari se réduit à son fonds de commerce, lequel est une valeur mobilière.

Supposons, au contraire, ce fonds immobilisé. La protection de la femme devient sérieuse, soit en cas de faillite du mari, soit en cas de dissolution du mariage; car ce fonds se trouve naturellement frappé par l'hypothèque.

On pourrait objecter que l'immobilisation, si elle est favorable à l'épouse, atteindra le crédit du mari; ce n'est pas tout de protéger la femme, il faut s'inquiéter aussi de crédit du négociant. Le crédit doit être dans les choses du commerce, une considération dominante. Or, les créanciers consentiront-ils à faire des avances au mari s'ils se savent privés par l'hypothèque de la femme, première en date? Cette objection peut sembler impressionnante au premier abord. Mais il est facile de voir, en allant au fond des

choses, que l'immobilisation sera au contraire un moyen indirect de fortifier le crédit du mari. En effet, la femme se sentant protégée sérieusement, donnera plus facilement sa signature aux emprunts effectués par son mari et le crédit de celui-ci s'en trouvera par suite augmenté.

Si l'on se préoccupe, en second lieu, de l'intérêt des créanciers, il est facile de voir que leurs droits seraient mieux sauvegardés par suite de l'immobilisation, en cas de vente du fonds de commerce. En dehors des sociétés commerciales, ou des habilitations des incapables, il n'y a pas, nous le répétons, de publicité permanente, ayant pour objet d'informer les tiers de la fondation ou de la transmission d'un fonds de commerce. Sans doute, la loi de 1909 a organisé la publicité du privilège du vendeur du fonds par son inscription au greffe du tribunal de commerce. Mais il n'y a pas là une publicité aussi grande que celle qui résulte de la transcription obligatoire pour les mutations immobilières. Les créanciers du fonds auraient un intérêt évident à ce qu'un système du même ordre fut établi pour les mutations de propriété des maisons de commerce.

Supposons, en troisième lieu, que le fonds de commerce soit complètement assimilé à un immeuble. Il y aurait lieu d'appliquer à la vente de ces fonds l'article 1674 du Code civil : « Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble,

il a le droit de demander la rescision de la vente quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision et qu'il aurait déclaré donner la plus-value. » Un des motifs qui ont fait restreindre cette règle à la seule vente des immeubles, c'est que le secours de la rescision a paru moins nécessaire pour les ventes de meubles, parce que ceux-ci peuvent être plus facilement vendus à leur juste prix, leur nature permettant de les transporter d'un lieu où il n'y a pas d'acheteurs, dans un autre lieu où les acheteurs abondent. Or, ce motif ne présente aucune valeur pour les fonds de commerce tout à fait assimilables aux immeubles par la fixité de leur situation ainsi que par leur importance.

Les fonds de commerce devenant immeubles, nous devrions leur appliquer les règles relatives à l'aliénation des immeubles appartenant aux mineurs. Lorsqu'un fonds de commerce appartient à un mineur, la situation de celui-ci est tout aussi digne de protection que s'il était propriétaire d'un immeuble. Dès lors, il serait avantageux de faire jouer dans l'un et l'autre cas l'article 459 du Code civil : vente publique aux enchères à la suite de publicité par affiches.

De la protection du mineur il convient de rapprocher la protection de la femme mariée. Si cette dernière veut aliéner ses immeubles, il lui faut l'autorisation de son mari ou de justice. La valeur économique

d'un fonds de commerce étant toute aussi grande que celle d'un immeuble, l'assimilation s'impose encore à cet égard.

Enfin il est un point sur lequel nous devons particulièrement insister tant à cause de son importance théorique et pratique que parce qu'il a fait l'objet d'une décision de la Cour de Rouen du 14 novembre 1908. La loi de 1909 décide que le créancier nanti et le vendeur du fonds disposent sur le fonds d'un privilège que leur confère un droit de préférence et un droit de suite. Mais, en édictant ce texte, le législateur n'a envisagé que le cas réputé le plus normal, où le fonds a gardé son unité, où les divers éléments qui le composent sont demeurés, en fait et en droit, groupés en vue de son exploitation et où le débiteur les a tous aliénés en même temps au profit de l'acquéreur du fonds considéré comme une universalité. Dans ce cas, le créancier, gagiste ou vendeur, peut se payer par préférence sur la totalité du prix restant dû ; en outre il possède, lorsqu'il s'agit d'une vente extrajudiciaire, sur la totalité du fonds, un droit de suite s'exprimant notamment, par la faculté de surenchérir du dixième (articles 21 et 23 de la loi de 1909). Mais, il arrive souvent que les choses ne se passent pas ainsi qu'il vient d'être dit, et qu'au lieu d'aliéner le fonds tout entier, le débiteur n'aliène qu'un certain nombre de ses éléments. Alors nous voyons se poser trois séries de questions

que M. Percerou, dans une note accompagnant, au Dalloz, l'arrêt de Rouen, a lumineusement formulées et résolues (1).

Il s'agit de savoir.

1° Si, et jusqu'à quel moment précis, le droit de préférence du créancier nanti (ou du cédant originaire du fonds de commerce) subsiste sur le prix provenant de cette vente séparée de partie des éléments du fonds ?

2° Si, en dehors de ce droit de préférence, et pour le cas notamment, où celui-ci ne pourrait plus s'exercer sur le prix (par suite, par exemple, du versement de ce prix au débiteur qui l'a confondu avec le reste de son patrimoine) le créancier nanti (ou le vendeur) ne dispose plus, en outre sur les éléments mobiliers ainsi détachés du fonds et aliénés séparément, d'un droit de suite lui permettant de les atteindre entre les mains du tiers qui s'en est rendu acquéreur ?

3° Enfin si, au cas où ces actes ont eu lieu à l'insu du créancier nanti (ou du vendeur) ils ne constituent pas à titre de détournement partiel des objets compris dans le nantissement (ou dans le privilège du vendeur), un délit pénal susceptible d'exposer le débiteur à des poursuites correctionnelles ?

Ces trois questions se rattachent étroitement l'une

1. Dalloz, 1911. 2. 313 et suivants.

à l'autre et ne sont que les aspects de cette question plus vaste : comment protéger le créancier nanti ou le vendeur du fonds de commerce contre les actes de disposition partiels du débiteur ?

Les seules dispositions que renferme la loi de 1909 dans cet ordre d'idée concernant la cession des brevets d'invention, des marques de fabrique des dessins et des modèles industriels faisant partie du fonds donnés en nantissement. Il résulte de l'article 24 de la loi nouvelle que les actes de disposition partiels consentis sur ces meubles incorporels, postérieurement au nantissement, par le débiteur, sont ou ne sont pas opposables au créancier nanti selon que le nantissement a ou n'a pas été inscrit à l'office national de la propriété industrielle. En ce qui concerne les meubles corporels, la difficulté n'existe pas pour les marchandises exclues du nantissement par la loi de 1909. La question ne se pose donc que pour le matériel. Que peut donc valoir à l'égard du créancier nanti, l'acte par lequel le débiteur dispose de tout ou partie des meubles corporels composant le matériel d'exploitation du fonds de commerce ?

La Cour d'appel de Rouen, le 14 novembre 1908, s'est prononcée de la manière suivante relativement au droit de préférence. Il résulte des termes et de l'esprit de la loi de 1898 que dès que le créancier auquel un fonds de commerce a été donné en nantissement a régulièrement fait inscrire son contrat au greffe, il

se trouve, grâce à cette formalité unique, investi d'un privilège opposable, en cas de faillite même à la masse avertie et mise en garde, par cette publicité. Par suite, ce créancier a la faculté de venir par préférence et hors part sur le prix de vente, tant du fonds de commerce que des marchandises, matériel, accessoires et dépendances du fonds, à la condition, toutefois, que les prix n'aient pas été versés aux mains du débiteur, se confondant de la sorte avec son patrimoine.

Spécialement, en ce qui concerne le matériel, il existe au profit du créancier nanti une sorte d'hypothèque mobilière qui pèse sur ce matériel et la rend indisponible à la différence des marchandises susceptibles de varier en quantité et qualité, et que le débiteur peut vendre dans les limites d'une gestion loyale et régulière, en sorte que si le commerçant cède son matériel à un tiers, il commet un acte frauduleux qui ne saurait atteindre les droits du créancier nanti. Cette solution mérite d'être approuvée. Il n'y a pas de raison de traiter le créancier nanti d'un fonds de commerce moins favorablement que le vendeur de meubles en cas de sous aliénation, et que le créancier hypothécaire au cas où des objets mobiliers par nature, mais immobiliers par destination et compris comme tels dans l'hypothèque, ont été aliénés indépendamment de l'immeuble hypothéqué.

« Peut-être, cependant, dit M. Percerou (1), objectera-t-on que le nantissement d'un fonds de commerce s'analyse, non pas en une hypothèque, mais en un droit de gage, et que le privilège du gagiste, y compris le droit de préférence, cesse du jour où le créancier perd la possession de son gage. Or, lorsque certains objets mobiliers sont détachés du fonds de commerce et livrés à l'acquéreur, la possession indirecte qui résultait pour le créancier nanti de leur rattachement au fonds disparaît, et, avec elle, son droit de préférence. Cette objection est, à notre avis, sans valeur. La possession indirecte d'où l'on prétend faire dériver le droit du créancier nanti, n'existe pas. Sans doute, vis-à-vis du bailleur, on peut dire à la rigueur qu'il possède les meubles par l'intermédiaire de l'immeuble qu'ils garnissent, parce qu'il est propriétaire de cet immeuble. Mais comment dire que le créancier nanti possède le matériel par l'intermédiaire du fonds de commerce, puisqu'il n'a pas la propriété de ce fonds? En réalité, on se trouve ici en présence, non pas d'un gage, mais d'une hypothèque mobilière, non subordonnée au maintien de la possession du créancier. »

L'arrêt rapporté n'a pas tranché la question du droit de suite du créancier nanti sur le matériel aliéné à un tiers. Il n'est pas douteux que le créancier

1. *Loc. cit.*, p. 314.

possède ce droit de suite lorsque le matériel vendu n'a pas encore été livré au tiers acquéreur ; dans ce sens le matériel est demeuré incorporé au fonds. Mais que décider dans l'hypothèse où le matériel détaché, en fait du fonds, a été livré à l'acheteur ? La réponse négative semble bien s'imposer. En effet, nous savons que le nantissement d'un fonds de commerce est une hypothèque mobilière. Or, celle-ci, comme telle, ne porte que sur le fonds de commerce considéré comme un tout, mais non pas sur le matériel d'exploitation envisagé isolément et détaché de ce fonds (1). Le matériel, envisagé isolément, est un meuble corporel, donc non susceptible d'hypothèque. Aux termes de l'article 2117 du Code civil, les meubles n'ont pas de suite par hypothèque.

Sans doute, l'article 22 de la loi de 1909 munit l'hypothèque mobilière sur le fonds de commerce d'un droit de suite ; mais il ne faut pas confondre le régime des sûretés portant sur un fonds de commerce considéré comme un tout, avec celui des sûretés pouvant affecter les divers éléments de ce fonds, spécialement le matériel composé de meubles corporels. Relativement à ces derniers, le législateur n'a nullement dérogé à la règle : meubles n'ont pas de suite par hypothèque. « Comment, du reste, y

1. Percerou, *loc. cit.*, p. 316.

eut-il dérogé, dit justement M. Percerou, aucune publicité susceptible de suppléer à la dépossession n'étant possible dans ce cas, et les considérations de crédit qui sont la raison d'être de la vieille maxime gardant ici leur valeur? »

Enfin, à défaut du droit de suite, le créancier nanti d'un fonds de commerce est-il, du moins, protégé contre les actes de disposition partiels du débiteur, par certaines dispositions de nos lois pénales? On a prétendu faire bénéficier ce créancier des articles 408 et 400 du Code pénal (1). Mais nous ne croyons pas que cette manière de voir soit exacte. D'une part, l'abus de confiance prévu par l'article 408 du Code pénal est un délit commis aux dépens d'un propriétaire par quelqu'un qui est possesseur ou détenteur de la chose à titre de dépôt, de mandat ou de nantissement; c'est donc l'abus de la chose par le créancier gagiste aux dépens du débiteur propriétaire; or, il s'agit, au contraire, dans notre domaine, de l'abus de la chose par le propriétaire débiteur aux dépens du créancier nanti. Quant à l'article 400, il punit le débiteur qui détourne ou détient les objets donnés par lui en gage; il faut qu'on soit en présence d'un gage; or, le nantissement d'un fonds de commerce ne peut pas être un gage, puisqu'il n'y a

1. *Revue pénitentiaire et de droit pénal*. Chronique judiciaire, p. 88 et suivantes.

pas de dessaisissement du débiteur ; c'est une hypothèque mobilière. Le principe d'interprétation stricte de la loi pénale défend d'étendre un texte, qui n'est fait que pour le gage avec dépossession du débiteur, à l'hypothèque mobilière sans dépossession (1).

En définitive, le créancier nanti est très imparfaitement protégé contre les actes par lesquels le débiteur dispose séparément du matériel d'exploitation. La seule protection consiste dans le droit de se faire payer, par préférence, sur le prix de ces meubles, tant que celui-ci demeure individualisé ; mais il n'a sur eux aucun droit de suite et ne peut exercer aucune action pénale contre le débiteur déloyal.

Il est facile de voir que l'immobilisation remédierait à cette situation et procurerait au créancier la protection dont il a besoin. Avec l'immobilisation, les divers éléments composant le fonds de commerce se trouvent tous réunis en un faisceau qui comprend la clientèle, le droit au bail, le matériel. Les meubles corporels, formant le matériel, ne peuvent plus être juridiquement détachés du fonds pour être aliénés à part. D'ailleurs, l'hypothèque est indivisible et frappe chaque partie de l'immeuble, c'est-à-dire en notre matière, chaque portion, le matériel compris, du fonds immobilisé. Si donc le débiteur, postérieurement au contrat de garantie sur le fonds, livre à un

1. Percerou, *loc. cit.*, p. 317.

tiers, en totalité ou en partie, les meubles corporels composant le matériel, l'acquéreur ne pourra pas opposer au créancier la règle « meubles n'ont pas de suite par hypothèque » ; car ce matériel est devenu, par suite de l'immobilisation, inséparable du fonds et insusceptible en droit d'une aliénation distincte. Pratiquement, le créancier a donc un droit de suite sur le mobilier aliéné en fait.

CHAPITRE IV

LES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES ET L'IMMOBILISATION

Si l'on s'attache aux législations étrangères, on s'aperçoit que la question du nantissement des fonds de commerce n'a fait l'objet, dans aucun pays, à notre connaissance, d'une législation spéciale. La constitution en gage d'un fonds de commerce s'opère conformément au droit commun. Tout dépend donc de la conception que l'on se fait, dans chaque État, au sujet de la nature juridique du fonds.

On peut dire pourtant, que, sauf en Allemagne, le fonds est considéré comme une universalité de fait, c'est-à-dire comme un groupement de valeurs économiques diverses réunies entre elles par la communauté d'origine et de destination. Le propriétaire du fonds peut vendre ou donner en gage un ou plusieurs des éléments qui composent ce fonds, séparément et à l'exclusion des autres. Il peut céder en bloc ses marchandises, tout ou partie de son matériel, un

brevet, une marque de fabrique, il peut céder à part son droit au bail si cette cession ne lui est pas interdite par les conventions passées avec son bailleur, et s'il est lui-même propriétaire des locaux où il exploite son commerce, rien ne l'empêche de louer ses immeubles et de transporter ailleurs son exploitation.

Bien que chacune des valeurs dont il s'agit conserve son caractère propre et son individualité le groupement de ces valeurs peut faire l'objet d'un contrat. Ce contrat réalise un ensemble occasionnel, et si, en ce sens, on peut considérer, le fonds comme une universalité, celle-ci n'existe qu'en fait, et comprend seulement ce que les parties veulent y faire entrer. L'utilité d'envisager théoriquement le fonds en bloc, c'est de permettre de lui appliquer des règles spéciales, plus appropriées, plus pratiques que celles qui seraient nécessaires si l'on envisageait séparément chacun des éléments du groupement.

Telle est, croyons-nous, la conception générale admise en législation (1).

Considéré comme une universalité de fait, le fonds de commerce obéit quant à sa constitution en gage, aux règles générales. C'est une valeur incorporelle,

1. Elle est assez sensible dans le *Traité de droit Commercial*, de Vivante, pour l'Italie.

mobilière. La question de l'immobilisation, telle que nous l'avons posée ne s'est pas posée dans les législations étrangères ; nous ne connaissons même aucune loi qui ait réalisé de la même manière que nos lois de 1898 et de 1909, l'idée d'immobilisation des fonds.

Est-ce à dire que cette idée n'ait pas été appliquée d'une manière sérieuse, quoiqu'indirecte ? Nous ne le pensons pas.

Bien au contraire l'un des aspects les plus intéressants et les plus pratiques de l'immobilisation nous est présenté par un certain nombre de législations qui ont admis le registre du commerce. Nous voulons parler de la publicité de la transmission des fonds de commerce.

C'est dans la législation allemande qu'il importe avant tout d'étudier cette publicité. La doctrine allemande considère le fonds de commerce comme ayant une individualité propre et constituant une véritable personne juridique (1).

C'est le fonds de commerce personnifié qui est propriétaire, créancier et débiteur, il a son nom particulier sous lequel il est connu dans le public. Il a son domicile propre qui peut être différent de celui du commerçant lui-même, lequel n'est que « le premier employé du fonds ». Le fonds a aussi un

1. Cosack, *Droit commercial*, t. I. *Fonds de commerce*.

patrimoine distinct de celui du commerçant, ses créances et ses dettes propres, qui lui profitent ou le grèvent sans augmenter ou diminuer la valeur du patrimoine du commerçant. Il ressemblerait par rapport à cet ensemble du patrimoine à une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire vis-à-vis de l'ensemble du patrimoine de l'héritier.

Cette conception de la nature du fonds de commerce provient de cette observation fondamentale ; qu'il existe, en fait, une séparation marquée entre les éléments constitutifs du fonds de commerce et le surplus de l'avoir du commerçant.

Les conséquences logiques de cette théorie sont importantes. Le changement de propriétaire n'affecterait pas l'existence du fonds qui transmettrait au cessionnaire avec son actif et son passif. Cette mutation n'aurait aucune influence sur les marchés à livrer ou les commandes qui constituent des créances et des dettes du fonds ; elle ne nécessiterait aucune formalité vis-à-vis des contractants ni aucun consentement de leur part pour que les contrats antérieurement conclus subsistent lors de la disposition du premier propriétaire. Le titulaire seul est tenu envers les créanciers, mais il ne l'est que jusqu'à concurrence de la valeur du fonds (1).

1. C'est une idée analogue à celle qui a inspiré la théorie allemande dont parle M. Valéry (*Maisons de commerce, et fonds de commerce*, dans les *Annales de droit commercial*, 1902. p. 202 et

Observons que cette construction, si elle n'était pas contraire chez nous à l'article 2092 du Code civil, permettrait de trancher la difficulté soulevée à propos des actes de disposition partiels accomplis par le débiteur sur le matériel, postérieurement au nautissement (1). L'application de cette théorie empêcherait juridiquement le négociant de distraire du tout indivisible que forme le fonds de commerce l'une quelconque de ses parties pour en faire l'objet d'un contrat distinct ; et, sauf les marchandises qui sont évidemment destinées à être vendues, il ne pourrait ni céder, ni donner en gage séparément un élément, quel qu'il soit, du fonds de commerce.

Mais, nous le répétons, cette conception se heurte chez nous à l'article 2092 du Code civil, aux termes duquel quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers « présents et à venir ». Ce texte s'oppose absolument à une scission du patrimoine en deux fractions, dont l'une serait exclusivement commerciale.

D'autre part, le nom et le siège spécial de l'établissement commercial ne sont pas une preuve de la

suivantes) lorsqu'il dit que la maison de commerce a un nom, un domicile, une nationalité qui lui appartiennent en propre, un crédit et un patrimoine distincts du crédit et du patrimoine personnels du commerçant.

1. Voir chapitre précédent.

personnalité. Le nom sert à individualiser le fonds, de même que le nom civil est un procédé d'individualisation des personnes. L'attribution de juridiction au tribunal dans le ressort duquel le fonds est situé résulte d'une élection tacite de domicile et disparaît si le commerçant en a indiqué un autre dans les marchés qu'il a passés avec ses clients, pour le cas où ils demeureraient matière à contestation.

Mais nous n'avons pas à discuter ici la théorie de la personnalité morale du fonds de commerce. Qu'il nous suffise de constater ici que l'article 25 du Code de commerce allemand de 1896 fait application de cette théorie d'une manière très nette. Ce texte admet que l'acquéreur entre vifs du fonds, qui continue son exploitation sous l'ancienne raison sociale, avec ou sans adjonction destinée à faire connaître sa qualité de successeur, répond de toutes les obligations souscrites dans l'exercice de son commerce par le précédent propriétaire, à la condition qu'il y ait transmission de la raison sociale, de la firme. De même, dans ce cas, les créances de l'exploitation ou du fonds, sont, à l'égard des débiteurs, transférées au successeur. Pour bien comprendre ce texte, il faut entrer dans le détail des institutions commerciales allemandes et voir comment se transmet le fonds de commerce. Des explications sur la firme et sur le registre du commerce sont ici nécessaires ; c'est

grâce à elles que nous saisissons comment l'Allemagne, par la publicité qu'elle donne à la transmission des établissements commerciaux, consacre d'une manière indirecte mais réelle, l'idée de l'immobilisation des fonds de commerce.

D'abord, qu'est-ce que la firme? La firme est le nom sous lequel un commerçant exerce sa profession, avec lequel par exemple il signe ses lettres d'affaires, ses quittances, ses reconnaissances de dettes. Tout commerçant est tenu d'adopter une firme. Il en établit lui-même librement le texte; mais il doit se conformer à un certain nombre de principes (1). En premier lieu, il doit observer le principe de la vérité de la firme; il doit notamment insérer dans la firme son vrai nom de famille et lui adjoindre un prénom écrit en toutes lettres; il peut y ajouter les indications complémentaires qui lui plaisent, mais à condition que celles-ci ne soient pas susceptibles d'induire en erreur sur la nature de l'exploitation ou sur la situation du propriétaire du fonds de commerce. Le second principe est celui de l'exclusivité de la firme; il consiste en ce que chaque commerçant doit adopter une firme qui se distingue de toutes celles du même lieu qui ont été inscrites avant elle au registre du commerce. Enfin, le troisième principe

1. Cosack, *Traité de droit commercial*, traduction Mistone, I, p. 107 et suivantes.

est celui de l'unité de la firme ; le commerçant ne doit user, dans l'exploitation de son commerce, que d'une seule firme dont la forme sera nettement déterminée et immuable. Le commerçant doit non seulement adopter une firme, c'est-à-dire en faire effectivement usage, mais en faire la déclaration au registre du commerce. Nous avons déjà parlé de ce registre ; son institution procure trois avantages capitaux : il opère une démarcation nette et ostensible de professions commerciales et de professions civiles ; il empêche un commerçant de dérober la clientèle d'un concurrent à la faveur d'une confusion d'identité ; enfin il convient de noter le rôle joué par le registre du commerce dans la lésion des fonds de commerce.

« Ce n'est pas seulement, dit M. Thaller (1), au moment où se crée un établissement nouveau appartenant aux professions commerciales, que son fondateur, en Allemagne, doit, sous peine d'amende, dresser requête au juge du registre, avec dépôt de sa firme. Il faut reproduire cette procédure à chaque transmission dont le fonds est l'objet. Le successeur devra faire immatriculer l'acte de vente, sinon par une reproduction intégrale, du moins par voie de mention. On retrouve ici une organisation de même

1. Thaller, *Le Registre de commerce en Allemagne* (Bulletin de la Société de législation comparée, 1901, p. 103).

ordre que celle de la transcription hypothécaire ou la mutation en douane des navires. »

Tant que la cession du fonds n'a pas été portée sur le registre, le fonds est toujours présumé, au regard des tiers, appartenir à l'ancien propriétaire. En conséquence cet ancien propriétaire se voit chargé même des engagements conclus après lui par son acheteur, si ces engagements ont précédé en date la mention de la vente sur le registre ; le vendeur a donc tout intérêt à provoquer la nouvelle inscription dans le cas où l'acheteur s'en abstiendrait ; sans quoi le vendeur voit retomber sur lui un ensemble de dettes du chef de l'acheteur, que le public est fondé, grâce aux apparences, à considérer comme son simple représentant.

On voit que l'inscription de la firme au registre du commerce, joue, dans la transmission des fonds de commerce, un rôle semblable à celui de la transcription hypothécaire dans les transmission des immeubles. Cette inscription constitue une condition de validité de la cession à l'égard des tiers ; en son absence, les tiers peuvent ignorer la cession. Il y a là une sanction de même ordre et de même efficacité que celle qui se trouve dans notre loi du 23 mars 1855.

Il est permis de dire que c'est réaliser, sous l'un de principaux aspects, le concept de l'immobilisation des fonds de commerce que d'assimiler en quelque

sorte ces fonds aux immeubles au point de vue de la publicité de leur mutation.

L'inscription si importante du registre du commerce n'est d'ailleurs pas particulière à l'Allemagne. On la rencontre dans un assez grand nombre d'autres pays : Autriche-Hongrie, Suisse, pays scandinaves, Espagne, Portugal, la plupart des États de l'Amérique du Sud, le Japon.

Nous pensons avec beaucoup de bons esprits (1) qu'il y aurait intérêt à acclimater chez nous le registre du commerce ; qu'on y réfléchisse bien, du reste ! Il ne s'agirait nullement d'une révolution ni même d'une complète innovation ; l'institution du registre n'est pas, en elle-même, absolument étrangère à notre droit.

En dehors des registres de l'état-civil et de celui des conservateurs des hypothèques, il existe un certain nombre de recueils destinés à recevoir des mentions relatives à l'état des personnes ou à la situation de leur patrimoine : registre des renonciations à successions futures ; registre tenu au secrétariat de la préfecture où doivent être mentionnées les demandes de délivrance des brevets d'invention et les actes de cession de ces brevets ; la loi du 3 mai 1890 a organisé un régime analogue

1. Bourgoing, *op. cit.*, Cf. la discussion à la Société de législation comparée. 1902. *Bulletin*. p. 92 et 135.

pour les marques de fabrique ; aux termes de la loi du 17 mars 1909, les nantissements de fonds comprenant des marques de fabrique ou de commerce, des dessins ou modèles industriels doivent être inscrits à l'office national de la propriété industrielle ; les lois du 17 mars 1900 et du 1^{er} avril 1909 ont créé un registre destiné à recevoir les mentions nécessaires à la conservation du privilège du vendeur et du créancier gagiste.

Nous avons dit que notre législation s'éloigne encore de l'immobilisation, en ce que notamment la vente des fonds de commerce n'est pas rendue publique par la transcription. Qu'on accueille dans nos institutions le registre du commerce, et un pas très important sera franchi dans le sens de l'immobilisation désirable, grâce à la publicité durable et permanente des cessions qui en résultera.

L'Angleterre nous semble bien prêt de cette publicité ; on comprend sous le nom technique de *goodwill* tous les avantages que peut procurer l'acquisition d'un fonds de commerce, notamment les locaux dans lesquels il s'exerçait jusqu'alors (1).

La vente du *goodwill* n'empêche pas le vendeur de recommencer le commerce des mêmes articles pour son propre compte, même dans le voisinage de l'ancien local ; mais il n'a pas le droit d'engager

1. Ernest Lehr. *Éléments du Droit civil anglais*, p. 558,

les clients de l'ancienne maison à la désertier pour se fournir chez lui.

Or, il suffirait que le *goodwill* fût l'objet, lors de chaque cession, d'une inscription sur un registre, pour que satisfaction fût, à cet égard, donnée aux besoins de l'immobilisation.

CONCLUSION

Rien n'est plus curieux que l'influence exercée par la marche des faits économiques sur les définitions juridiques les plus rapides en apparence. Ainsi en est-il de la notion d'immeuble.

Au moyen âge, la terre était le seul élément important et solide de la richesse. Le commerce et l'industrie étaient peu actifs. C'est pourquoi les meubles avaient peu d'importance et n'étaient pas considérés comme une partie sérieuse du patrimoine. La maxime : *vilis mobilia possessio* exerça son influence sur l'ancienne classification des biens. Pendant longtemps on refusa de considérer comme immeubles des choses qui l'étaient réellement, parce qu'elles ne paraissaient pas dignes de la protection des héritages (1). Inversement, lorsque plus tard parurent dans les patrimoines des valeurs considérables qui auraient dû être rangées parmi les meubles, comme les offices et les rentes constituées, on les déclara immeubles pour leur assurer les mêmes garanties qu'aux héritages.

Il semble bien que nous ayons cédé à cette dernière tendance en nous occupant de l'immobilisation des fonds de commerce. Si nous tendons à regarder

1. Planiol, *Droit civil*, t. I, n° 2199.

ces fonds comme des immeubles, n'est-ce pas en effet parce qu'ils constituent des valeurs considérables et de plus en plus importantes, et qu'à ce titre ils méritent les mêmes protections que les immeubles ?

A la vérité, nous ne verrions aucune impossibilité logique à ranger les fonds de commerce dans la catégorie juridique des immeubles, à dire que le groupement des éléments d'un fonds en une universalité de fait constitue un bien immobilier. Il ne faudrait pas trop s'attacher au fait de l'immobilité pour définir les immeubles. « A proprement parler, dit M. Planiol, il n'y a pas de choses qui soient véritablement immeubles, car les éléments mêmes qui composent le sol, roches, sables, minerais, terre végétale peuvent être déplacés. Quand on creuse un canal, quand on fait des travaux de nivellement c'est le sol qu'on transporte. En Amérique, des ingénieurs ont déplacé des constructions importantes sans les démolir. Mais le droit ne considère pas la possibilité du mouvement avec la même rigueur que la mécanique. Il admet comme immeubles les choses qui le sont d'une manière durable et habituelle, celles dont la fonction est d'être immobiles, encore bien qu'elles puissent être accidentellement déplacées par des moyens extraordinaires. » Il nous est permis d'invoquer ces judicieuses observations. Est-ce qu'un fonds de commerce, dont l'emplacement est

si important pour sa prospérité, dont la clientèle est déterminée dans une large mesure par la situation, n'est pas immeuble d'une manière durable et habituelle ? Est-ce que sa fonction n'est pas d'être immobile, encore qu'il soit transporté ailleurs par suite de circonstances exceptionnelles ? S' imagine-t-on facilement le déplacement de fonds de commerce tels que le Louvre et le Bon Marché ? Mais nous n'insisterons pas sur cette question, en somme purement théorique, de définition.

Ce' que nous avons voulu dire au cours de cette étude, c'est qu'une tendance législative de plus en plus accusée se manifeste dans le sens d'une assimilation des fonds de commerce aux immeubles au point de vue des règles de droit qui gouvernent les uns et les autres ; c'est, d'une part, qu'il conviendrait d'achever cette assimilation ; nous avons montré les multiples avantages qui en résulteraient.

Il nous reste à souhaiter que l'immobilisation des fonds de commerce, ainsi entendue, devienne le plus tôt possible une réalité légale.

Vu : le Président de la thèse

J. PERCEROU

Vu : le Doyen,

P. CAUVÈS

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Poitiers,

LIARD

BIBLIOGRAPHIE

- BAYARD. — La Notion du fonds de commerce. Thèse de Paris, 1906.
- BOUVIER-BANGILLON. — De la Vente et du nantissement des fonds de commerce. Paris, 1909.
- BOUTAUD et CHABROL. — Traité général des fonds de commerce et d'industrie. Paris, 1910.
- CATALAN. — De la Condition juridique du fonds de commerce. Thèse, 1899.
- GOMBEAUX. — La Notion juridique du fonds de commerce. Thèse, 1901.
- LÈBRE. — Traité théorique et pratique des fonds de commerce. Paris, 1887.
- LORDEREAU. — Vente et nantissement des fonds de commerce. Thèse de Paris, 1900.
- LYON-CAEN et RENAULT. — Précis de droit commercial, 1906, t. I^{er}.
- MAGNIER et PRÉVOST. — Du Nantissement des fonds de commerce. Paris, 1895.
- MOUTIER. — Du Nantissement des fonds de commerce. Paris, 1909.
- PERCEROU. — Rapport à la Société d'études législatives (Bulletin, 1903, p. 218).
- THALLER. — Traité de droit commercial, 1910.
- SIMON. — Le Fonds de commerce, sa nature juridique, ses éléments. Thèse de Paris, 1898.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	5
CHAPITRE PREMIER. — Étude historique sur le caractère juridique du fonds de commerce.....	9
<i>Première section.</i> — Le fonds de commerce dans l'antiquité romaine.....	11
<i>Section II.</i> — Le fonds de commerce dans l'ancien droit.....	16
<i>Section III.</i> — Le fonds de commerce dans la période intermédiaire et sous le Code civil....	29
CHAPITRE II. — Les lois récentes et l'immobilisation. — Le caractère juridique du fonds de commerce depuis la promulgation du Code civil jusqu'à la loi du 17 mars 1909.....	35
§ 1 ^{er} . — La législation des fonds de commerce sous les Codes civil et de commerce.....	40
§ 2. — La législation des fonds de commerce sous l'empire de la loi du 1 ^{er} mars 1898. — Inconvénients de cette législation.....	44
§ 3. — La loi de 1909 sur la vente et le nantissement des fonds de commerce ; en quoi s'est-elle rapprochée de l'immobilisation des fonds de commerce ; en quoi en diffère-t-elle ?.....	57

CHAPITRE III. — Avantages et effets de l'immobilisation.....	85
<i>Première section.</i> — L'immeuble et le fonds appartiennent au même propriétaire.....	86
<i>Section II.</i> — L'immeuble et le fonds appartiennent à des propriétaires différents.....	91
CHAPITRE IV. — Les législations étrangères et l'immobilisation.....	105
CONCLUSION.....	117
BIBLIOGRAPHIE.....	121

